Studien zur Beschwerdebefugnis und zum Beschwerdegegenstand in der freiwilligen Gerichtsbarkeit

unter besonderer Berücksichtigung von Fällen
aus dem Erbscheinseinziehungsverfahren

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der
Juristischen Fakultät
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Hans-Jürgen Bonnet
Amtsgerichtsrat in Berlin

1968
1970

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546510_0060

Studien zur Beschwerdebefugnis und zum Beschwerdegegenstand in der freiwilligen Gerichtsbarkeit

unter besonderer Berücksichtigung von Fällen
aus dem Erbscheinseinziehungsverfahren

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der
Juristischen Fakultät
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Hans-Jürgen Bonnet
Amtsgerichtsrat in Berlin

1968

Erstgutachter: Professor Dr. iur. Arwed Blomeyer

Zweitgutachter: Professor Dr. iur. Karl Sieg

Tag der mündlichen Prüfung: 31. Januar 1970

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Inhaltsübersicht

	Seite
Kapitel I	
Gegenstand und Anlage der Untersuchung	18
1. Begriff der Bsbefugnis und Sitz der Materie	18
2. Die beiden Hauptprobleme des § 20 I FGG: Das Standortproblem und das Voraussetzungsproblem	19
3. Methode der Arbeit: Erörterung praktischer Fälle aus dem Erbscheinseinziehungsverfahren	20
4. Gang der Untersuchung	21
Kapitel II	
Die drei Elemente des § 20 I FGG und die Frage nach ihrer Zugehörigkeit zu den Voraussetzungen der Bsbefugnis (Problemstellung)	22
1. Terminologie	
a) Rechtsbeeinträchtigung und Rechtsverletzung	22
b) Ermessenskontrolle des LG, Unrichtigkeit und Rechtswidrigkeit der Verfügung	23
c) Sprachgebrauch der Arbeit	25
2. Die drei Elemente des § 20 I und die objektive Unrichtigkeit der Verfügung als vierte Erfolgsvoraussetzung	25
3. Umfang ihrer Zugehörigkeit zur Bsbefugnis (Präzisierung des Voraussetzungsproblems)	26
a) die Verfügung gehört nicht zur Bsbefugnis, aber zur Zulässigkeit der Bs	26
b) die behauptete objektive Unrichtigkeit der Verfügung	26
c) sind das wirkliche? - schlüssig behauptete? - schlechthin behauptete? Recht und der wirkliche? - schlüssig behauptete? - schlechthin behauptete? wertneutrale Eingriff Voraussetzung der Bsbefugnis?	27

Seite

Kapitel III
Der verfahrensrechtliche Standort der Bsbefugnis 30

1. Meinungsstand 30

2. Die jeweiligen praktischen Folgen der verfahrensrechtlichen Einordnung der Bsbefugnis 32
   a) materielle Rechtskraft 32
   b) Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens 32
   c) Kostenansatz und Zulässigkeit der weiteren Bs in Landwirtschaftssachen 33
   d) Bindung des Rechtsbeschwerdegerichts an die tatsächlichen Feststellungen des LG 33
   e) Gang der richterlichen Urteilsbildung. Die Varianten der Lehre von der Bsbefugnis als Teil des Beschwerdegrundes 33
      aa) Erörterung der Bsbefugnis als erster Teil der Sachprüfung. Wirkungen 34
      Kritik 34
      bb) keine vorgeschriebene Reihenfolge bei der Sachprüfung 34

3. Standort der Bsbefugnis bei der Zulässigkeit 35
   a) praktisches Argument für die Gegenansicht 35
   b) theoretisches Argument für die Gegenansicht 36
   c) Kritik 37

4. Bestätigung des unter 3 gewonnenen Ergebnisses. Objektive Rechtswidrigkeit und verletztes Recht des Bf (subjektive Rechtswidrigkeit) 37
   a) Fälle der praktisch untrennbaren wechselseitigen Verknüpfung beider Elemente, folglich auch der beiden Behauptungen (§ 20 II FGG) 37

Seite

b) Fälle ohne wechselseitige Verknüpfung 40

5. Überleitung zum Voraussetzungsproblem. Keine Differenzierung nach den unter 4 erwähnten Fallgruppen 41

Kapitel IV
Die Lehre vom wirklich vorhandenen Recht als Zulässigkeitsvoraussetzung 43

1. Vertreter dieser Lehre 43

2. Unpraktische Ergebnisse. Überlastung der Zulässigkeitsprüfung mit tatsächlichen Ermittlungen 45

3. Stillschweigende Mißachtung dieser Lehre durch die Praxis 47

a) 1. Kommorientenfall 47
b) Erbhoffall 49

4. Weitgehendes oder völliges Zusammenfallen von Zulässigkeits- und Sachprüfung (noch Erbhoffall) 52

5. Ergebnis 54

Kapitel V
Die Lehre vom schlüssig behaupteten Recht als Zulässigkeitsvoraussetzung 55

1. Vertreter dieser Lehre 55
a) Literatur 55
b) BGH (mit Einschränkungen) 56
c) OLG Celle (scheinbar) 58

2. Unvereinbarkeit mit dem Grundsatz der Ermittlung von Amts wegen 59

3. Überlastung der Zulässigkeitsprüfung mit schwierigen materiellen Rechtsfragen 60

Seite

4. Völliges Zusammenfallen von Zulässigkeits- und Sachprüfung - unnatürliche Aufspaltung der Sachprüfung in zwei Teile 61
   a) Hundeasylfall 62
   b) Apothekenfall 62
   65

5. Die modifizierte Schlüssigkeitstheorie 70
   a) Wirkungen 70
   b) Kritik 71
      aa) Inkonsequenz der Lehre 71
      bb) praktische Unbrauchbarkeit bei Bs gegen
          a') nicht begründete Entscheidungen 71
          b') zurückverweisende Entscheidungen des LG 71
          c') begründete Entscheidungen, bei denen eine andere selbständige Begründung möglich ist 72

Kapitel VI
Die reine Rechtsverletzungsbehauptung als Zulässigkeitsvoraussetzung und der Beschwerdegegenstand 75

1. Die reine Rechtsverletzungsbehauptung 75
   a) die bloße Behauptung auch des Rechts und des konkreten Eingriffs (der Beeinträchtigung) 75
   b) ungenaue Formulierung des § 20 I FGG, Parallele zu Art. 19 IV GG 77

2. Der Beschwerdegegenstand 77
   a) Die wirkliche Rechtsverletzung des Bf (subjektive Rechtswidrigkeit) gehört zum Beschwerdegrund - 77
      Ziel der Bs Rechts(mittel)schutz, nicht Rechtskontrolle 78

Seite

b) Parallele zur Verwaltungsgerichtsbarkeit 78
aa) bezüglich der Abgrenzung der Bsbefugnis 78
bb) bezüglich des Beschwerdegegenstandes 79

3. Kritik an der Rechtsprechung des KG 80
a) (Erbhoffall) objektive Rechtswidrigkeit der angefochtenen E genügt nicht - 80
Pflicht des Rechtsbeschwerdegerichts zu tatsächlichen Ermittlungen bezüglich der subjektiven Rechtswidrigkeit 82
b) (Apothekenfall) 83
aa) wie a) 83
bb) Umfang der Bindung des Rechtsbeschwerdegerichts an die tatsächlichen Feststellungen des LG 84
cc) weiteres Argument gegen die Schlüssigkeitstheorie: welche Tatsachen bei Schlüssigkeitsprüfung im dritten Rechtszuge zu berücksichtigen? 86
c) (Hundeasylfall) Verwechslung von Bsrecht und Recht i.S. des § 20 I FGG. Mangelnde subjektive Rechtswidrigkeit führt nicht zur Unzulässigkeit der Bs 86
d) (1. Kommorientenfall) wie c).Keine Aufspaltung der Bsbefugnis nach Begründungselementen 87

4. Kritik an der Rechtsprechung des LG Berlin 90
a) 2. Kommorientenfall - 90
Überschreitung des Beschwerdegegenstandes, Verfahrensverlängerung - 91
Beschwerdegegenstand und Untersuchungsgrundsatz 91
b) und c) dem Bf fälschlich ersparte Kosten 93

Seite

d) Abschneiden der weiteren Bs 95
e) Verwechslung von Bsbefugnis und subjektiver Rechtswidrigkeit 96

5. Formulierungsfragen 98
6. Parallele zum Antragsrecht 101
7. Zulässigkeit gleichzeitiger Beschwerden mehrerer Bf auch bei widersprechenden Rechtsverletzungsbehauptungen 101

Kapitel VII
Die abstrakte Beschwer 103

1. Behauptung eines in abstracto denkbaren eigenen Rechts des Bf erforderlich 103

2. a) die abstrakte Eignung der Verfügung, in das behauptete Recht einzugreifen 105
b) Bsrecht ohne Recht, Recht ohne Bsrecht 106
c) die richtig verstandene Theorie des BGH 107

3. Keine praktischen Unzuträglichkeiten als Folge der bloßen Rechtsverletzungsbehauptung. Prüfung der subjektiven Rechtswidrigkeit auch vor derjenigen der objektiven 109

4. Begriff der abstrakten Beschwer 111

Kapitel VIII
Die teilweise zulässige Bs 114

Zwei Rechtsbehauptungen, eine Rechtsverletzungsbehauptung - 115
Formulierung des Tenors 116

Seite

Kapitel IX
Das Erfordernis der Kongruenz von Rechtsverletzung und Rechtsverletzungsbehauptung 117

1. Die eventuelle Rechtsverletzungsbehauptung 117
   a) die negative Erbrechtsbehauptung 118
   b) negative und positive Erbrechtsbehauptung im Eventualverhältnis - 119
      Formulierung des Tenors 120

2. Erbrechtsverletzungsbehauptung + wirkliche Verletzung des Freiheitsrechts, Freiheitsrechtsverletzungsbehauptung + wirkliche Verletzung des Erbrechts (mangelnde Kongruenz) 120

3. Weitere Fälle der Inkongruenz 124
   a) Rechtsbehauptung a ohne Rechtsverletzungsbehauptung + Rechtsverletzung b 124
   b) Rechtsverletzungsbehauptung a ohne Rechtsverletzung a + Rechtsverletzung b 126
   c) behauptete Verletzung x des Rechtes a + Verletzung y des Rechtes a 127

Kapitel X
Die in Verfahrensstandschaft aufgestellte Rechtsverletzungsbehauptung 129
Die Bs des Miterben 129
1. Behauptung des eigenen Erbrechts und der Verletzung des Erbrechts des Miterben - 129
   kein Eventual-, sondern Kumulationsverhältnis zweier Rechtsbehauptungen 130
2. Behauptung des eigenen Erbrechts und der Verletzung des Freiheitsrechts des Miterben 131

Kapitel XI
Sonderfälle im Verfahren der weiteren Bs 133

1. Bsbefugnis für die weitere Bs bei als unzulässig verworfener Erstbeschwerde 133

Seite

2. Keine Bsbefugnis für die weitere Bs bei als sachlich unbegründet zurückgewiesener unzulässiger Erstbeschwerde 135
a) Kritik an der Begründung des BayObLG für die gegenteilige Ansicht 136
b) Wiederholung und Bestätigung der Entscheidung des AG durch die des LG, Anwendbarkeit des § 20 I FGG 137
c) ausnahmsweise eventuell Bsbefugnis für die weitere Bs, wenn sie Verwerfung der Erstbeschwerde zum Ziel hat 138

3. Bsbefugnis des Beschwerdegegners für die weitere Bs bei trotz Unzulässigkeit erfolgreicher Erstbeschwerde - 138
erschöpfende Behandlung des Gegenstandes der weiteren Bs aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht möglich 139

4. Prinzipale und inzidente Verfahrensfehler des LG - 141
Zurückverweisung durch das OLG 141
a) primäre inzidente Verfahrensfehler 141
b) sekundäre inzidente Verfahrensfehler 142
c) mögliche subjektive Rechtswidrigkeit genügt, soweit von objektiver abhängig - 142
wirkliche subjektive Rechtswidrigkeit erforderlich, soweit von objektiver unabhängig 143

5. Unzulässigkeit der Zurückverweisung durch das LG bei inzidenten Verfahrensfehlern des AG 144

6. Weitere Bs gegen zurückverweisende Entscheidungen des LG 146
a) (Erbhoffall) weitere Bs des Beschwerdegegners, sekundärer prinzipaler Verfahrensfehler des LG 146
b) (noch Erbhoffall) wie a), aber mangelnde subjektive Rechtswidrigkeit 146

Seite

c) (noch Erbhoffall) weitere Bs des Erstbeschwerdeführers 147
aa) sekundärer prinzipaler Verfahrensfehler des LG 147
bb) wie aa), aber mangelnde subjektive Rechtswidrigkeit 148
cc) primärer prinzipaler Verfahrensfehler des LG - 148
mögliche subjektive Rechtswidrigkeit ausreichend, soweit wirkliche vom Ergebnis der dem AG aufgegebenen Ermittlungen abhängig - 148
die drei Bestandteile der landgerichtlichen Entscheidung - 149
möglicherweise doppelte Beschwer - 150
Erfordernis der Kongruenz von Rechtsverletzungsbehauptung und Rechtsverletzung 150
d) wie c) cc) - 150
hypothetischer inzidenter Verfahrensfehler 151
e) wirkliche subjektive Rechtswidrigkeit erforderlich, soweit vom Ergebnis der dem AG aufgegebenen Ermittlungen unabhängig 152

7. Weitere Bs gegen Entscheidungen des LG, die den Gegenstand der ersten Bs überschreiten, unzulässiger Beschwerdehauptantrag 156
a) Zurückverweisung an das AG durch das OLG? 157
b) Verwerfung des trotz Unzulässigkeit vor dem LG erfolgreichen Beschwerdehauptantrages durch das OLG und Zurückverweisung an das LG zur Entscheidung über zulässigen Beschwerdehilfsantrag - 159
erschöpfende Behandlung des Gegenstandes der weiteren Bs nicht möglich 160

Seite

8. Gegenstand der weiteren Bs gegen die vom LG auf Beschwerden mehrerer Bf angeordnete Einziehung eines Erbscheins - 162
Beschwerdegegenstand des dritten Rechtszuges ist die dem eingezogenen Erbschein entsprechende Rechtsbehauptung - 164
Wegfall der Beschwer eines Erstbeschwerdeführers infolge Durchdringens der Bs eines anderen Beteiligten 164

9. Die entsprechende Anwendung des § 563 ZPO 165
a) Zurückweisung der weiteren Bs des Erstbeschwerdeführers wegen fehlender subjektiver Rechtswidrigkeit der amtsgerichtlichen Verfügung, wenn die Annahme des LG, daß die objektive Rechtswidrigkeit nicht gegeben sei, rechtsfehlerhaft ist - 166
und umgekehrt 167
b) die subjektive Rechtswidrigkeit der auf Gesetzesverletzung beruhenden landgerichtlichen Entscheidung ist Voraussetzung nur für die effektive, nicht für die "gedankliche" Aufhebung im Rahmen des § 563 ZPO 168

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit. 1. Buch Allgemeines Verfahrensrecht, Lehrbuch, 1955 (zit. Lehrbuch)

Bettermann, Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, in: Festschrift für Friedrich Lent, 1957, S. 17 ff.

ders. Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozeß, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, Band II, 1963, S. 449 ff. (zit. Klagebefugnis)

ders. Difformitätsprinzip und neuer Beschwerdegrund, ZZP 77, 3 ff.

ders. Die Sprungzurückverweisung des Revisionsgerichts, NJW 1969, 170 ff.

Deubner, Die Assessorklausur in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, JuS 1961, 128 ff.

Engelhardt, Zur Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, JZ 1961, 588 ff.

Furtner, Ist im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei Fehlen der Beschwerdeberechtigung das Rechtsmittel unzulässig oder unbegründet? JZ 1957, 706 f.

ders. Die Beschwerdeberechtigung im Verfahren nach dem Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit, JZ 1961, 526 ff.

ders.	Die Beschwerdeberechtigung nach § 20 FGG, DNotZ 1966, 7 ff.
Hahn und Mugdan (Herausgeber),	Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 7, 1898
Jansen,	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Nebengesetzen und bundes- und landesrechtlichen Ergänzungs- und Ausführungsvorschriften, Handkommentar, 1959, und Ergänzung 1962
Lent-Habscheid,	Freiwillige Gerichtsbarkeit, Studienbuch, 4. Auflage 1962 (zit. Lehrbuch)
Lüke,	Die Abgrenzung der Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, AöR 84, 185 ff.
Kamm,	Die Beschwerdebefugnis in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Dissertation Tübingen 1960 (zit. Beschwerdebefugnis)
ders.	Beschwerdeberechtigung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, JuS 1961, 146 ff.
Keidel,	Freiwillige Gerichtsbarkeit, Handausgabe des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Erläuterungen, Ausführungs- und Ergänzungsvorschriften, 9. Auflage 1967
Palandt,	Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, 26. Auflage 1967

Pikart-Henn, Lehrbuch der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1963 (zit. Lehrbuch)

Schlegelberger, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 7. Auflage 1956

Unger, Die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht, 2. Teil, ZZP 36, 1 ff., und 6. Teil, ZZP 41, 143 ff.

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

aaO	am angegebenen Orte
A BGB	(österreichisches) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
a.E.	am Ende
AG	Amtsgericht
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv für öffentliches Recht (zitiert nach Band und Seite)
ASt	Antragsteller
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (zitiert nach Jahrgang und Seite)
Bf, Bfin	Beschwerdeführer, Beschwerdeführerin
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
Bs	Beschwerde
Bsbefugnis	Beschwerdebefugnis
Bsberechtigung	Beschwerdeberechtigung
Bsrecht	Beschwerderecht
DFG	Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit (zitiert nach Jahrgang und Seite)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (zitiert nach Jahrgang und Seite)
DR	Deutsches Recht (zitiert nach Jahrgang und Seite)
E	Entscheidung
EG BGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EG GVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz

FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (zitiert nach Jahrgang und Seite)
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
fr. G.	freiwillige Gerichtsbarkeit
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
h.M.	herrschende Meinung
HöfeO	Höfeordnung
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts (zitiert nach Band und Seite)
JR	Juristische Rundschau (zitiert nach Jahrgang und Seite)
JuS	Juristische Schulung (zitiert nach Jahrgang und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahrgang und Seite)
JZ	Juristenzeitung (zitiert nach Jahrgang und Seite)
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit usw. (zitiert nach Band und Seite)
KRG	Kontrollratsgesetz
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des BGH in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier-Möhring
LVO	Verfahrensordnung für Landwirtschaftssachen vom 2.12.1947 (britische Zone)
LwVG	Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (zitiert nach Jahrgang und Seite)

NJW	Neue Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahrgang und Seite)
n.v.	nicht veröffentlicht
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts (bis 1928) (zitiert nach Band und Seite)
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (ab 1965) (zitiert nach Jahrgang und Seite)
PStG	Personenstandsgesetz
RdL	Recht der Landwirtschaft (zitiert nach Jahrgang und Seite)
Rdnr	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
RJA	Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte (zitiert nach Band und Seite)
Rpfl	Der Deutsche Rechtspfleger (zitiert nach Jahrgang und Seite)
sc.	scilicet
SchlHAZ	Schleswig-Holsteinische Anzeigen (zitiert nach Jahrgang und Seite)
VerschG	Verschollenheitsgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (zitiert nach Band und Seite)

Kapitel I

Gegenstand und Anlage der Untersuchung

1. § 19 FGG bestimmt:

> "(I) Gegen die Verfügungen des Gerichts erster Instanz findet das Rechtsmittel der Beschwerde statt.
> (II) Über die Beschwerde entscheidet das Landgericht."

Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, wer die Befugnis hat, das Rechtsmittel einzulegen und vom Beschwerdegericht eine Überprüfung der angefochtenen Verfügung zu verlangen (Beschwerdebefugnis, Bsbefugnis). Im Zivilprozeß stehen sich regelmäßig zwei Parteien gegenüber, Kläger und Beklagter; über ihre Rechte und Pflichten wird allein entschieden[1]. Grundsätzlich sind daher nur die Parteien berechtigt, das Urteil mit Rechtsmitteln anzufechten[2]. Anders in der freiwilligen Gerichtsbarkeit (fr.G.). Hier kann eine Verfügung auch in mehr oder weniger starkem Maße die Rechtssphäre oder die Interessen von Personen berühren, die an dem Verfahren nicht teilgenommen haben. Deshalb eignet sich der Begriff der formellen Verfahrensbeteiligung im allgemeinen nicht dazu, den Kreis der zur Einlegung der Beschwerde (Bs) Berechtigten abzugrenzen. Statt dessen bestimmt § 20 FGG:

> "(I) Die Beschwerde steht jedem zu, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist.
> (II) Soweit eine Verfügung nur auf Antrag erlassen werden kann und der Antrag zurückgewiesen worden ist, steht die Beschwerde nur dem Antragsteller zu."

---

1 Ausnahmen sind die Fälle der Verfahrensstandschaft. Hier verfolgt oder verteidigt eine Partei fremde Rechte.
2 Ausnahme: Anfechtung des Urteils durch einen Nebenintervenienten.

Diese Vorschrift, deren Zweckmäßigkeit in den Kommissionsberatungen sehr umstritten war[3], schließt jedenfalls Popularbeschwerden aus, also Rechtsmittel von Personen, die in keinerlei Beziehung zu der angefochtenen Verfügung stehen. Darüber hinaus genügt aber auch ein - sei es wirtschaftliches, sei es rechtliches - Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung nicht. Vielmehr muß diese ein Recht des Beschwerdeführers (Bf) beeinträchtigen.

Im Verfahren der weiteren Bs gilt § 20 entsprechend (§ 29 IV FGG).

2. An § 20 I FGG knüpft sich eine Problematik, die Wissenschaft und Rechtsprechung bis heute nicht befriedigend gelöst haben: Ist es Voraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsmittels oder gehört es zum Beschwerdegrund (zur "Begründetheit"), daß der Bf durch die angefochtene Verfügung in seinen Rechten beeinträchtigt ist? Diese Frage wird bisweilen für gleichbedeutend erachtet mit der weiteren Frage, ob die Bsbefugnis Zulässigkeitsvoraussetzung oder ein Element der Begründetheit ist. Man nimmt nämlich zum Teil stillschweigend an, § 20 I regele nur die Bsbefugnis. Von diesem Ausgangspunkt aus folgert man: Die Bsbefugnis gehört zur Zulässigkeit (bzw. zum Beschwerdegrund); also ist es Zulässigkeitsvoraussetzung (bzw. Element des Beschwerdegrundes), daß der Bf durch die angefochtene Verfügung in seinen Rechten beeinträchtigt ist.

---

3 Einige Kommissionsmitglieder hatten beantragt, die Vorschrift zu streichen, weil sie eine beträchtliche Einschränkung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand bringe, vgl. Kommissionsbericht S. 21, abgedruckt bei Hahn-Mugdan, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 7, S. 122. Bei den Beratungen in der Kommission war man sich wohl jedenfalls darüber einig, daß die Einführung einer Popularbeschwerde nicht erforderlich sei. Im übrigen konnte man aber keine befriedigende und jeden Zweifel ausschließende Formulierung für eine Lösung finden, welche die gegensätzlichen Meinungen überbrückt hätte, vgl. den (nicht sehr klaren) Kommissionsbericht S. 21-24, abgedruckt bei Hahn-Mugdan, aaO S. 122-124.

Indessen sind die Fragen so nicht richtig gestellt, und hierin liegt eine der Hauptursachen der bestehenden Meinungsverschiedenheiten und Unklarheiten. § 20 I FGG wirft nicht ein Problem auf, das man verschieden formulieren kann, sondern zwei logisch selbständige Hauptprobleme, nämlich

1. Ist die Bsbefugnis Zulässigkeitsvoraussetzung oder ein Element der Begründetheit der Bs?

2. Gehört es zur Bsbefugnis, daß der Bf durch die angefochtene Verfügung in einem Recht beeinträchtigt ist? Wenn nicht: Unter welchen Voraussetzungen ist die Bsbefugnis zu bejahen?

   Mit anderen Worten: Regelt § 20 I nur die Bsbefugnis? Wenn nicht: Was regelt diese Vorschrift sonst noch?

Zu der zweiten Frage besteht doppelter Anlaß: Wie sich zeigen wird[4], enthält § 20 I - je nachdem, welche Terminologie man verwendet - drei oder vier Tatbestandsmerkmale. Denkbar ist nun, a) daß nur einzelne von ihnen Voraussetzungen der Bsbefugnis sind, während die übrigen anders eingeordnet werden müssen, und b) daß einzelne oder sämtliche Tatbestandsmerkmale nur in Form einer Behauptung Voraussetzung der Bsbefugnis sind, während ihr wirkliches Vorhandensein an anderer Stelle geprüft wird.

Die beiden aufgeworfenen Fragen, das "Standortproblem" (1) und das "Voraussetzungsproblem" (2), bilden das Hauptthema der vorliegenden Schrift. Sie hängen sehr eng zusammen mit einer dritten Frage, derjenigen nach dem Beschwerdegegenstand, auf der in den letzten Kapiteln das Schwergewicht der Untersuchung liegt.

3. Die bisherige Diskussion leidet an dem Mangel, daß sie sich viel zu wenig an praktischen Fällen ausgerichtet hat. Die

---

4 Vgl. unten II 2 (S. 25 f.).

Erörterungen sind entweder rein theoretisch, oder sie stützen sich nur auf ganz einfache Beispiele. An diesen bewährt sich zwar die jeweilige Theorie; sie versagt aber, sobald man sie auf rechtlich und tatsächlich verwickelte Fälle anzuwenden versucht. Deshalb behandelt die vorliegende Arbeit in großem Umfang Fälle aus der Praxis, vorzugsweise solche aus dem Erbscheinseinziehungsverfahren, das sich besonders dazu eignet, die hier interessierenden Probleme zu veranschaulichen. Dabei läßt es sich nicht vermeiden, den Sachverhalt bisweilen eingehender darzustellen, als das in wissenschaftlichen Abhandlungen üblich sein mag. Aber gerade durch diese Ausführlichkeit lassen sich gewisse Lehrmeinungen, insbesondere die sog. Schlüssigkeitstheorie, widerlegen. Die Arbeit berücksichtigt auch eine Reihe unveröffentlichter Entscheidungen des KG und des LG Berlin.

4. Die Untersuchung beginnt mit einer Analyse des § 20 I FGG, durch die das "Voraussetzungsproblem" präzisiert wird (Kap. II). Kap. III behandelt das "Standortproblem" mit dem Ergebnis, daß die Bsbefugnis zur Zulässigkeit des Rechtsmittels gehört. Die Kap. IV und V bringen eine Kritik an zwei der Lehren von den Voraussetzungen der Bsbefugnis, nämlich der Lehre vom wirklich vorhandenen und derjenigen vom schlüssig behaupteten Recht. Im zentralen Kapitel VI wird gezeigt, daß die reine Rechtsverletzungsbehauptung sowohl Voraussetzung der Bsbefugnis ist als auch den Beschwerdegegenstand bestimmt. Kap. VII handelt von der "abstrakten Beschwer". Sodann wird die Bedeutung besonderer und mehrfacher (kumulativer, negativer, eventueller, von verschiedenen Beschwerdeführern erhobener und in Verfahrensstandschaft aufgestellter) Rechts- bzw. Rechtsverletzungsbehauptungen erörtert (Kap. VIII-X). Das Schlußkapitel XI ist besonderen Fällen der Bsbefugnis und des Beschwerdegegenstandes im Verfahren der weiteren Bs gewidmet.

Kapitel II

Die drei Elemente des § 20 I FGG und die Frage nach ihrer Zugehörigkeit zu den Voraussetzungen der Bsbefugnis (Problemstellung)

1. a) Unter der "Rechtsbeeinträchtigung" im Sinne des § 20 I FGG ist jedenfalls ein Eingriff in das Recht zu verstehen. Zweifelhaft ist aber, ob ein wertneutraler oder ein rechtswidriger Eingriff gemeint ist. Die Ansichten in der Literatur hierüber sind geteilt[1]. Da es in der neueren Gesetzessprache für den rechtswidrigen Eingriff den Ausdruck "Rechtsverletzung" gibt (arg. §§ 42 II, 113 I 1 VwGO, Art. 19 IV GG), könnte man meinen, daß die Rechtsbeeinträchtigung den wertneutralen Eingriff bezeichne[2]. In einigen höchstrichterlichen Entscheidungen zu § 20 I FGG werden die Ausdrücke Rechtsbeeinträchtigung und Rechts-

---

1 a) Für Rechtsbeeinträchtigung = rechtswidriger (oder mindestens unrichtiger, d.h. nicht wertneutraler, vgl. dazu im Text unter b)) Eingriff: Unger, ZZP 36, 108 ff.; Lent-Habscheid, Lehrbuch S. 188 f.; Lüke, AöR 84, 189 und 211; Furtner, DNotZ 1966, 12 f.; möglicherweise auch Jansen, § 20 Anm. 1 und 2 (vgl. dazu unten IV 1, S. 44 f.); dem Sinne nach Oetker, ZZP 45, 557.

b) Für Rechtsbeeinträchtigung = wertneutraler Eingriff: Bettermann, Klagebefugnis S. 452, 461 in und zu Note 25 sowie passim (speziell zu §§ 42 II und 113 I 1 VwGO und gegen Lüke, aaO); Kamm, Beschwerdebefugnis S. 62 speziell zu § 20 I FGG. Für Kamm ist "Beeinträchtigung" dasselbe wie "materielle Beschwer" (aaO S. 60, 65, 81).

c) Unklar Baur, Lehrbuch § 29 A III 1 und 2: Auf S. 318 (3. Absatz, 2. Satz) scheint er Rechtsbeeinträchtigung mit rechtswidrigem oder unrichtigem Eingriff gleichzusetzen. In den Beispielen auf S. 319 (unter b), 320, 321 meint er aber mit Beeinträchtigung eindeutig den wertneutralen, d.h. auch den rechtmäßigen Eingriff.

2 So namentlich Bettermann, aaO.

verletzung jedoch gleichgesetzt[3]. Nach dem Zusammenhang, in dem das geschieht, erscheint es allerdings zweifelhaft, ob sich die Gerichte bewußt gewesen sind, daß in dem Begriff der Rechtsverletzung die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung mit enthalten ist[4]. Eine Rechtsverletzung wurde nämlich in den entschiedenen Fällen[5] verneint; es fehlte aber nicht etwa erst an der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung, sondern schon an einem (abstrakten[6]) Eingriff. Die Entscheidungen sind daher für die Terminologie nicht sehr beweiskräftig.

b) Nur die Rechtsverletzung im Sinne der neueren Gesetzessprache kann mit der Rechtsbeeinträchtigung keinesfalls gemeint sein. Während nämlich das Verwaltungsgericht bloß die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts bzw. seiner Ablehnung oder Unterlassung zu prüfen hat (§ 113 I 1, IV 1 VwGO), darf und muß das Landgericht im Beschwerdeverfahren der fr.G. nach der in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Ansicht[7] auch die Zweckmäßigkeit der angefoch-

---

3 a) BGH LM Nr. 2 zu § 137 BGB, Nr. 7 zu § 23 LVO; BGHZ 1, 267 (269); KG JFG 4, 129 (131); OLG Karlsruhe OLGE 3, 71.
Schon im Kommissionsbericht heißt es (S. 23, abgedruckt bei Hahn-Mugdan, aaO S. 124): "Nach dem Sprachgebrauch des BGB (§§ 1004, 1027) bedeute der gewählte Ausdruck" (sc. Beeinträchtigung), "daß ein unmittelbarer Eingriff in das Recht, eine direkte Verletzung desselben vorliegen müsse ..."
b) Ferner dem Sinne nach RG RJA 16, 200 (204 f.); wohl auch RG JW 1902, 101 (102).
In § 12 BGB scheint Beeinträchtigung ebenfalls so viel wie Verletzung zu bedeuten.

4 Ein Pleonasmus ist daher die Formulierung in § 823 I BGB: "... ein ... Recht eines anderen widerrechtlich verletzt...".

5 Gemeint sind nur die in Note 3 unter a) erwähnten. Zu BGH LM Nr. 2 zu § 137 BGB vgl. unten VI 5 b (S. 99).

6 Zu diesem Begriff vgl. unten VII 2 a (S. 105 f.).

7 KG JFG 12, 207 (209); OLGZ 1966, 357 (359); Jansen, § 23 Anm. 2; Keidel, § 20 Rdnr 7; Lent-Habscheid, Lehrbuch S. 192 f.; Bettermann, Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung S. 38.

tenen Verfügung prüfen, soweit dem Gericht erster Instanz ein (Handlungs-)ermessen eingeräumt ist: das LG setzt sein Ermessen an die Stelle desjenigen des AG, während das Verwaltungsgericht nur untersucht, ob Ermessensüberschreitung oder -fehlgebrauch, eine Erscheinungsform des rechtswidrigen Handelns, vorliegt (§ 114 VwGO). Folglich kann eine nach Ermessen zu treffende Verfügung des AG, die nicht rechtswidrig, aber unzweckmäßig ist, auf Bs geändert oder aufgehoben werden. Dann kann aber die Rechtsbeeinträchtigung im Sinne des § 20 I, die in jedem Fall Voraussetzung des Erfolges der Bs ist, nicht mit der Rechtsverletzung, dem per definitionem rechtswidrigen Eingriff, gleichbedeutend sein.

Die rechtswidrigen und die recht-, aber unzweckmäßigen Verfügungen könnte man unter dem Oberbegriff "unrichtige Verfügungen" zusammenfassen; ihnen würden die "richtigen", d.h. die recht- und zweckmäßigen gegenüberstehen. Ein solcher Sprachgebrauch ist allerdings nicht gesichert. In Rechtsprechung und Schrifttum der fr.G. wird zwar weniger von rechtswidrigen als von unrichtigen Verfügungen gesprochen. Dabei ist aber nicht klar ersichtlich, ob "Unrichtigkeit" in dem hier erörterten weiteren Sinne oder nur als ein Synonym für "objektive Rechtswidrigkeit" gebraucht wird.

Demnach gibt es drei konzentrische Kreise: den wertneutralen Eingriff in ein Recht als größten, den unrichtigen (=rechtswidrigen oder unzweckmäßigen) als mittleren und den rechtswidrigen, die Rechtsverletzung, als kleinsten Kreis. Da der letzte nach dem Gesagten mit der Rechtsbeeinträchtigung nicht deckungsgleich sein kann, ist die Eingangsfrage richtig dahin zu stellen, ob unter Rechtsbeeinträchtigung ein wertneutraler oder ein unrichtiger Eingriff zu verstehen ist.

c) Zwingende gesetzliche oder sprachliche Gründe für die eine oder andere Terminologie gibt es nicht. Da der Ausdruck "Beeinträchtigung" jedoch auch im wertfreien außerjuristischen Bereich gebraucht wird - "die Beweglichkeit der Hand ist durch die Verwundung beeinträchtigt", "der Schiffsverkehr ist durch das Eis beeinträchtigt" -, soll in dieser Untersuchung davon ausgegangen werden, daß in § 20 I FGG die Rechtsbeeintrachtigung den wertneutralen, d.h. auch den recht- und zweckmäßigen Eingriff bezeichnet. Bei der Auseinandersetzung mit Entscheidungen und Schriftstellern wird zu berücksichtigen sein, daß diese möglicherweise eine andere Terminologie verwenden.

Unrichtigkeit soll in dem oben dargelegten Sinne verstanden werden, also als ein weiterer Begriff als derjenige der objektiven Rechtswidrigkeit. Da diese Arbeit jedoch Fälle von recht-, aber unzweckmäßigen Verfügungen nicht behandelt, steht häufig "Rechtswidrigkeit" pars pro toto. Wenn man nun die Beeinträchtigung mit dem wertneutralen Eingriff gleichsetzt, so gibt es keinen zwischen Rechtsbeeinträchtigung und Rechtsverletzung (im Sinne der neueren Gesetzessprache) stehenden Ausdruck, der den durch eine recht-, aber unzweckmäßige, also unrichtige Verfügung verursachten Eingriff in ein Recht (d.h. den Ring zwischen kleinstem und mittlerem Kreis) kennzeichnet. Deshalb soll der Einfachheit halber auch insoweit von Rechtsverletzung (im weiteren Sinne) gesprochen werden. Der Leser möge sich dieser - für die Untersuchung bedeutungslosen - Ungenauigkeit bewußt sein.

2. § 20 I FGG verlangt - ohne daß es zunächst auf seinen verfahrensrechtlichen Standort ankommt - jedenfalls für den Erfolg des Rechtsmittels, daß ein Recht des Bf durch die angefochtene Verfügung wirklich beeinträchtigt ist. Demnach müssen, wenn die Bs durchdringen soll, nach der hier verwendeten Terminologie folgende Voraussetzungen vorliegen:

1. eine Verfügung = Entscheidung (E);
2. der Bf muß wirklich ein Recht haben;
3. die Verfügung muß wirklich in das Recht eingreifen, es beeinträchtigen.

Die vierte Voraussetzung für den Erfolg der Bs ist, daß die Verfügung und damit der Eingriff wirklich unrichtig, d.h. in der Regel rechtswidrig ist. Dieses Merkmal ergibt sich für diejenigen, die unter Beeinträchtigung den unrichtigen Eingriff in ein Recht verstehen, ebenfalls aus § 20 I. Bedient man sich dagegen der hier (oben 1 c) vorgeschlagenen Terminologie, so ist diese vierte Erfolgsvoraussetzung im Gesetz nicht genannt; sie ist aber selbstverständlich.

3. Die Frage ist nun, ob und in welcher Erscheinungsform die drei Elemente des § 20 I und das soeben erwähnte vierte Merkmal Voraussetzungen der Bsbefugnis sind.

a) Das Vorliegen einer Verfügung gehört nicht zur Bsbefugnis. Es besteht aber Einigkeit darüber, daß eine Verfügung wirklich vorhanden sein muß, damit die Bs zulässig sei. Das ergibt sich schon aus § 19 I FGG. Diese Vorschrift regelt die Statthaftigkeit der Bs. Eine "an sich nicht statthafte" Bs wird nach allgemeiner Meinung als unzulässig verworfen.

b) Ferner besteht Einigkeit darüber, daß die erwähnte vierte Voraussetzung für den Erfolg der Bs, die wirkliche objektive Unrichtigkeit (meist: Rechtswidrigkeit) der Verfügung, nicht zur Bsbefugnis gehört, und zwar auch dann nicht, wenn man in ihr - entgegen der hier verwendeten Terminologie - ein Element der Rechtsbeeinträchtigung i.S. des § 20 I erblickt[8]. Denn es ist ja gerade das sachliche Ziel der Bs[9],

---

8 Lüke, aaO S. 187 und 189 und Lent-Habscheid, aaO S. 186 heben - nach ihrer Terminologie jedenfalls zutreffend - hervor, daß der Wortlaut des § 20 I Elemente der Zulässigkeit und der Begründetheit vermengt. Ebenso dem Sinne nach Baur, aaO (S. 318); Furtner, DNotZ 1966, 12 f. und JZ 1961, 528 f..

9 Besser: ein sachliches Ziel der Bs, vgl. unten VI 2 (S. 77 ff.).

festzustellen, ob die Verfügung unrichtig ist.

Einige Autoren vertreten aber mit Recht die Ansicht: Wenn die Bs zulässig sein soll, so muß der Bf die bloße Rechtsbehauptung aufstellen, daß die Verfügung objektiv unrichtig sei[10]. Bei der Begründetheit wird dann geprüft, ob sich diese Behauptung in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung[11] als zutreffend erweist. "Rechtsbehauptung" ist dabei als "rechtliche Behauptung"[12] (Rechtsfolgebehauptung), als Gegensatz zur Tatsachenbehauptung zu verstehen, nicht als die Behauptung eines Rechts. Zwar kann man auch bezüglich eines Rechts eine Rechtsbehauptung aufstellen; das ist aber nur der wichtigste Unterfall. Auch bezüglich einzelner Elemente, d.h. unselbständiger Rechtsfolgen, sind Rechtsbehauptungen möglich: etwa, daß jemand bevollmächtigt oder daß eine Zustimmung wirksam oder daß eine Verfügung unrichtig sei.

Die genannten Autoren rechnen die behauptete objektive Unrichtigkeit zwar nicht ausdrücklich zur Bsbefugnis, sondern nur zur Zulässigkeit. Da sie aber die Bsbefugnis bei der Zulässigkeit prüfen, ist es nicht ausgeschlossen, daß sie in der behaupteten objektiven Unrichtigkeit eine Voraussetzung der Bsberechtigung erblicken.

c) Streitig ist dagegen, in welcher Erscheinungsform das "Recht" zur Bsbefugnis gehört. Hier bestehen drei Lösungsmöglichkeiten:

---

10 Lent-Habscheid, aaO S. 188 f.; Unger, ZZP 36, 106 f. - Lüke, aaO S. 190 bezweifelt, daß die Behauptung der Unrichtigkeit der angefochtenen Verfügung selbständige Zulässigkeitsvoraussetzung sei. Er räumt aber ein, daß sich diese Behauptung bereits aus der Einlegung der Bs ergebe. Ebenso Baur, aaO (S. 318). -
Für die Behauptung der Rechtswidrigkeit als Zulässigkeitsvoraussetzung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit Bettermann, Klagebefugnis S. 453 f..

11 Im Verfahren der weiteren Bs nur in rechtlicher Beziehung.

12 Über die Möglichkeit rechtlicher Behauptungen vgl. Bettermann, aaO S. 453.

aa) Der Bf muß wirklich ein Recht haben,
bb) er muß
a') die schlüssige Behauptung oder
b') die bloße Rechtsbehauptung
aufstellen, daß ihm ein Recht zustehe,

wenn er zur Einlegung der Bs befugt sein soll.

Ebenso ist zweifelhaft, ob der wertneutrale Eingriff in das Recht, die Beeinträchtigung i.S. der hier verwendeten Terminologie, für die Bsbefugnis wirklich vorhanden sein muß oder nur schlüssig oder schlechthin behauptet zu werden braucht.

Diese Fragen bilden einen Hauptgegenstand der vorliegenden Schrift. Die Untersuchung beschränkt sich zunächst auf die Prüfung, inwieweit das "Recht" zur Bsbefugnis gehört (Kap. IV - VI 1). Erst wenn dieser Punkt geklärt ist, wird auch die Beeinträchtigung, der Eingriff, behandelt (Kap. VI 1, VII)[13].

Unabhängig von dem so präzisierten "Voraussetzungsproblem" bleibt das "Standortproblem", d.h. die Frage, ob die Bsbefugnis zur Zulässigkeit oder zum Beschwerdegrund gehört. Diese Frage wird im anschließenden Kapitel III vorweg zu klären sein.

Im Zusammenhang mit der Bsbefugnis wird ferner häufig erörtert, welcher Art das "Recht" im Sinne des § 20 I FGG sein muß[14], ob es sich um ein subjektives Recht im technischen Sinne handeln muß[15] und ob es auch ein sog. Recht auf ordnungsmäßige Sachbehandlung gibt[16]. Diese Fragen sind nicht oder nur am Rande Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Auch die in den §§ 57 - 59, 82, 126 FGG und

13 Vgl. unten S. 75 und S. 103 ff.
14 Vgl. dazu Kamm, Beschwerdebefugnis S. 54 ff.
15 Vgl. dazu Kamm, aaO S. 27 - 54.
16 Vgl. dazu Kamm, aaO S. 101 ff. und unten IX 1 a Note 3 (S. 118).

in anderen Gesetzen (z.B. in § 49 II PStG) geregelten Sonderfälle der Bsbefugnis werden nicht behandelt. Hier geht es vielmehr hauptsächlich um das Problem, in welcher Erscheinungsform, in welchem "Intensitätsgrad" das "Recht" im Sinne des § 20 I und seine Beeinträchtigung in den einzelnen Verfahrensabschnitten vorhanden sein müssen.

Kapitel III

Der verfahrensrechtliche Standort der Bsbefugnis

1. Das KG und das BayObLG hatten die Bsbefugnis ursprünglich der Zulässigkeit zugerechnet[1]. Später vertraten beide Gerichte[2] ebenso wie das OLG München[3] die Ansicht, daß die Bsbefugnis erst beim Beschwerdegrund festzustellen sei. Einige Oberlandesgerichte[4] und vereinzelt auch Autoren[5] folgen dieser Meinung noch in neuerer Zeit.

Dagegen setzt sich allmählich immer mehr die Ansicht durch, daß die Bsberechtigung zur Zulässigkeit gehöre. Insbeson-

---

1 KG: KGJ 33 A 140 (141); 34 A 26 (27); 34 A 133 (134); 34 A 166 (167); 38 A 44 f.; wohl auch 39 A 308; OLGE 10, 428 (429).
BayObLG: OLGE 43, 198; wohl auch JFG 7, 149. Vgl. ferner die Nachweise bei Furtner, JZ 1957, 706 Note 2.

2 a) KG: aa) KGJ 40 A 41; 44 A 57 (60); 45 A 38 (41); 46 A 114 (115); 49 A 41 (45); 49 A 45 (47); 49 A 83 (84); 50 A 46 (47); 52 A 102 (103); 53 A 46 (48);
bb) JFG 5, 157 (161 i.V.m. 159); 12, 122 (124); 12, 143 (144); 17, 214 (217); 19, 93 (94 f.); 19, 152 (157); 20, 151 (154); wohl auch 16, 195 (196); 16, 314 (315); 23, 149;
cc) OLGE 30, 92 (93); 40, 114 (115); wohl auch 6, 344.
b) BayObLG: BayObLGZ 1948/1951, 397 (402); 1953, 40 (44); wohl auch 1958, 225 (228); unklar 1960, 254 (255 f.).
Nachweise zur früheren Rechtsprechung des BayObLG bei Furtner, aaO Note 4.

3 JFG 13, 348 (351); 15, 283 (284); 16, 109; 16, 169 (172); 18, 382 (384); 23, 154 (157).

4 OLG Bremen Rpfl 1956, 195; Düsseldorf RdL 1956, 200 (201); Hamm NJW 1954, 288. Weitere Nachweise bei Keidel, § 20 Rdnr 2 Note 3.

5 Pikart-Henn, Lehrbuch S. 123. Dort werden aber gewisse Einschränkungen gemacht, aus denen sich ergibt, daß diese Autoren die Bs wahrscheinlich nur in den Fällen als unbegründet zurückweisen wollen, in denen es nach richtiger Ansicht gar nicht an der Bsbefugnis fehlt, sondern am verletzten Recht, vgl. unten VI 2-4 (S. 77-98) und VII 2 b (S. 106 f.). Das gleiche gilt in bezug auf die Ansicht von Keidel (§ 20 Rdnr 3 und DNotZ 1958, 268 f.), der die Bs als unbegründet zurückweisen will, wenn die Bsbefugnis aus Gründen des materiellen Rechts zu verneinen sei.

dere wird sie vom BGH[6], jetzt wieder vom BayObLG[7] und von vielen Oberlandesgerichten[8], aber auch weithin in der neueren Literatur[9] vertreten. Das KG ist ebenfalls wieder auf diesen Standpunkt eingeschwenkt. In einer E aus dem Jahre 1953[10] wird die (angebliche)[11] Bsbefugnis zwar noch zur Begründetheit gerechnet[12], und in einem Beschluß vom 28.7.1958[13] heißt es: "Das LG hätte die erste Bs schon wegen fehlenden Bsrechts ... zurückweisen sollen." Spätestens im Jahre 1962 hat das KG die Bsbefugnis aber wieder als Zulässigkeitsvoraussetzung bezeichnet[14].

---

6 a) BGHZ 1, 267 (273); 30, 220 (226) betr. § 20 II FGG; 31, 92 (97); 11, 66 (69) speziell zu § 20 II, sonst unentschieden. Unklar noch BGHZ 1, 253 und 3, 203.
b) LM Nr. 5,7,10,13,20 zu § 23 LVO; Nr. 4 zu § 38 LVO; Nr. 13 zu § 22 LwVG; Nr. 7 zu § 7 HöfeO; Nr. 6 zu § 18 HöfeO.
c) NJW 1953, 1666 f.; 1956, 1755; 1968, 1627.
Ebenso früher RGZ 64, 288 (289); 151, 57 (58, 64).

7 BayObLGZ 1961, 200 (203).

8 OLG Braunschweig JFG 4, 39; Celle JR 1948, 292; 1950, 58 f.; MDR 1962, 416; Frankfurt NJW 1965, 2306; MDR 1968, 769; Hamburg OLGE 40, 15; FamRZ 1958, 333 (334); München RdL 1964, 179; Nürnberg RdL 1959, 302; Oldenburg DNotZ 1958, 263; Rpfl 1965, 305; Rostock OLGE 40, 16; JFG 2, 135 (136); 2, 231: Schleswig JR 1949, 389; SchlHAZ 1953, 300; 1956, 24 (25); 1957, 79 (80). Weitere Nachweise bei Keidel, § 20 Rdnr 2 Note 4.

9 Baur, Lehrbuch § 29 A III 1 (S. 319); Deubner, JuS 1961, 130; Furtner, JZ 1957, 706 f.; 1961, 528 f.; Jansen, § 20 Anm. 4; Kamm, Beschwerdebefugnis S. 124 ff. und JuS 1961, 147; Lent-Habscheid, Lehrbuch S. 188; Lüke, AöR 84, 188; Schlegelberger, § 25 Rdnr 1 und 5.
Mit Einschränkungen auch Keidel aaO (vgl. Note 5), der die Bs als unzulässig verwerfen will, wenn die Bsbefugnis aus Gründen des Verfahrensrechts zu verneinen sei.

10 KG JR 1953, 423.

11 In Wirklichkeit handelte es sich gar nicht um die Bsbefugnis, vgl. unten VI 3 c (S. 86 f.).

12 Ebenso KG NJW 1954, 1411 obiter.

13 1 W 1169.58, nicht veröffentlicht (n.v.).

14 KG NJW 1962, 2354 f.; 1963, 1553; OLGZ 1966, 74 (75). Ebenso schon vorher zwar nicht ausdrücklich, aber dem Aufbau nach in einer Reihe von unveröffentlichten Entscheidungen aus den Jahren 1957-1962, seitdem ständig.

2. Bevor man sich der einen oder anderen Ansicht anschließt, sollte man sich die jeweiligen Folgen vergegenwärtigen.

a) Im Zivilprozeß ist die Unterscheidung zwischen der Verwerfung eines Rechtsmittels als unzulässig und seiner Zurückweisung als unbegründet theoretisch bedeutsam für den Zeitpunkt, auf den die materielle Rechtskraft zu beziehen ist: Im Falle der Verwerfung der Berufung bezieht sich die Rechtskraft auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung der Vorinstanz, im Falle der sachlichen Zurückweisung dagegen auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Berufungsverhandlung[15]. Soweit auch in der fr.G. Entscheidungen der materiellen Rechtskraft fähig sind[16] - etwa im echten Streitverfahren in Landwirtschaftssachen, im Wertpapierbereinigungs-, Hausrats- und Rückerstattungsverfahren - gilt das Gesagte entsprechend.

b) Nach § 13 a I 2 FGG hat das Beschwerdegericht dem Bf die außergerichtlichen Kosten aufzuerlegen, die er einem anderen Beteiligten durch ein unbegründetes Rechtsmittel verursacht hat. Versteht man wie der BGH[17] unter einem "unbegründeten Rechtsmittel" im Sinne dieser Vorschrift jede erfolglose, also auch die unzulässige Bs, so ist die Frage nach dem verfahrensrechtlichen Standort der Bsbefugnis insoweit bedeutungslos. Anders liegt es, wenn man wie das KG[18] das Wort "unbegründet" technisch auffaßt. Ob die Ansicht des BGH oder die des KG vorzuziehen ist, mag hier dahinstehen.

---

15 Bettermann, ZZP 77, 49, der auch darauf hinweist, daß der Unterschied praktisch in der Regel bedeutungslos ist.
16 Darüber, in welchen Verfahren das außer in den im Text genannten zutrifft, vgl. statt vieler Jansen, § 31 Anm. 9.
17 BGHZ 28, 117 (121) obiter; 31, 92 (104 f.).
18 KG Rpfl 1958, 185 (187), obiter.

c) Weitere Folgen knüpfen sich an die Einordnung der Bsbefugnis in Landwirtschaftssachen. Nach § 41 Satz 1 LwVG entsteht bei Verwerfung der Bs als unzulässig nur eine halbe Gerichtsgebühr. Nach § 24 II Nr. 2 LwVG ist die Rechtsbeschwerde an den BGH gegen zweitinstanzliche Entscheidungen der Oberlandesgerichte ohne Zulassung gegeben, soweit es sich um die Unzulässigkeit der ersten Bs handelt.

d) Ferner wäre die Unterscheidung im Verfahren der weiteren Bs bedeutsam, wenn die Bsbefugnis ein wirkliches, d.h. auch in tatsächlicher Beziehung bestehendes Recht i.S. des § 20 I voraussetzte. Gehört nämlich das wirkliche Vorhandensein des "Rechts", in dem der Bf durch die E des AG verletzt sein könnte, bereits zur Zulässigkeit der ersten Bs, so müßte das Rechtsbeschwerdegericht auch in tatsächlicher Hinsicht nachprüfen, ob dem Erstbeschwerdeführer[19] ein "Recht" zusteht. Denn die Bindung des OLG an die tatsächlichen Feststellungen des LG besteht nur bezüglich der materiellen objektiven Rechtmäßigkeit der angefochtenen E, nicht auch bezüglich des Verfahrens des LG (§ 27 Satz 2 FGG, §§ 561 I 2, 554 III Nr. 2 Buchst. b ZPO)[20]. Wird das Vorhandensein des "Rechts" des Erstbeschwerdeführers dagegen bei der Sachprüfung des LG erörtert, so wäre das OLG auch insoweit an die tatsächlichen Feststellungen des LG gebunden, weil es sich nicht mehr um das Verfahren des LG handeln würde.

e) Schließlich kann von der Einordnung der Bsbefugnis der Gang der richterlichen Urteilsbildung abhängen. Um das zu erkennen, muß man sich zunächst vergegenwärtigen, daß die Lehre von der Bsbefugnis als Teil des Beschwerdegrundes in verschiedenen Varianten denkbar ist.

---

19 Sofern er nicht vor dem AG Antragsteller war und sein Antrag zurückgewiesen worden ist.

20 KG JR 1955, 185; BayObLGZ 1948/1951, 342 (344 f.); vgl. auch 1964, 137 (140); Jansen, § 27 FGG (§ 561 ZPO Anm. 5).

aa) Man kann einmal, wie das KG das ausgesprochen hat[21] und wie die meisten anderen Vertreter dieser Ansicht stillschweigend wohl ebenfalls meinen, die Erörterung der Bsbefugnis als den ersten Schritt der Sachprüfung betrachten. Damit hat sich die Problematik gegenüber der Lehre, nach der die Bsberechtigung zur Zulässigkeit gehört, nur ein Stück verschoben, aber nicht verändert. Denn es taucht hier wie dort die Frage auf, was die Bsbefugnis voraussetzt, insbesondere ob a') bei diesem ersten Schritt der Sachprüfung das Bestehen eines "Rechts" i.S. des § 20 I in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung festgestellt werden muß, während bei dem zweiten Schritt nur die objektive Unrichtigkeit der E erörtert wird, oder b') ob das Recht beim ersten Schritt wenigstens schlüssig behauptet sein muß oder c') ob die bloße Behauptung eines Rechts genügt, und was in den Fällen b') und c') dann beim zweiten Schritt der Sachprüfung zu erörtern ist.

Wollte man dieser Ansicht folgen, so stände das Gericht nicht freier da, als wenn man die Bsbefugnis bei der Zulässigkeit prüft. Im Gegenteil: es müßte erst alle Zulässigkeitsvoraussetzungen (Wahrung einer evtl. vorgeschriebenen Frist oder Form, Vorliegen einer Verfügung) bejahen, ehe es auf die Bsbefugnis eingehen dürfte, während es anderenfalls z.B. die Rechtzeitigkeit der Bs dahingestellt lassen und das Rechtsmittel wegen Fehlens der Bsbefugnis als unzulässig verwerfen könnte.

Indessen findet die Aufspaltung der Sachprüfung in zwei Schritte, von denen der zweite nicht vor dem ersten getan werden darf, im Gesetz keine Stütze. Vielmehr sind in allen Verfahrensarten die mehreren Elemente eines Klage- (Beschwerde-)grundes gleichwertig.

bb) Die zweite Möglichkeit ist die, daß man von dem Erfordernis einer bestimmten Reihenfolge bei der Prüfung der ein-

---

21 KGJ 52 A 102 (103); JFG 17, 214 (217); DR 1939, 1952.

zelnen Merkmale des Beschwerdegrundes absieht. Dann hätte die Bsbefugnis einen Teil ihrer "Filterfunktion" eingebüßt, weil das Gericht nicht mehr gehindert wäre, die objektive Richtigkeit (meist: Rechtmäßigkeit) der angefochtenen E zu prüfen, ohne zuvor die Bsberechtigung festzustellen. Indessen wäre das Gericht nicht gezwungen, als erstes die objektive Richtigkeit zu untersuchen; es dürfte auch vorher die Bsbefugnis erörtern. Es würde also vom Rechtsmittelgericht abhängen, ob es der Bsberechtigung die Funktion eines Filters zuerkennen wollte.

Diese Möglichkeit hat wiederum zwei Varianten:

a') Für den Erfolg der Bs ist entweder nur festzustellen - und zwar in beliebiger Reihenfolge -, ob die Verfügung unrichtig (meist: rechtswidrig) ist und ob der Bf wirklich ein Recht hat, in dem er durch die Verfügung verletzt ist.

b') Oder für den Erfolg der Bs ist festzustellen - wiederum in beliebiger Reihenfolge -, ob die angefochtene Verfügung objektiv unrichtig ist, ob der Bf ein Recht (schlüssig oder schlechthin) behauptet hat, in dem er bei Unrichtigkeit der Verfügung verletzt wäre, und ob er das behauptete Recht wirklich hat.

Praktische Bedeutung hat diese Variante für den sehr wohl denkbaren Fall, daß dem Bf ein Recht, in dem er durch die Verfügung verletzt ist, wirklich zusteht, daß er aber nicht behauptet, gerade dieses Recht zu haben und darin verletzt zu sein[22]. In einem solchen Fall müßte seine Bs als unbegründet zurückgewiesen werden, während sie nach Variante a') durchdringen würde.

3. a) Die Lehre von der Bsbefugnis als Teil der Begründetheit ließe sich vielleicht gerade wegen ihres praktischen Ergebnisses rechtfertigen: sie gestattet dem Gericht - in den soeben unter 2 e bb) aufgezeigten allein vertretbaren Va-

---

22) Vgl. unten IX 2, 3 (S. 120-127), XI 2 c (S. 138).

rianten -, sich dasjenige Element des Beschwerdegrundes herauszugreifen, das es am schnellsten und unter dem geringsten Kostenaufwand verneinen kann. Dieses Argument wäre aber weitgehend entkräftet, wenn man die Bsbefugnis der Zulässigkeit zuordnet und wenn es gleichzeitig gelingt, sie bei sinnvoller Auslegung des Gesetzes nur an solche Voraussetzungen zu knüpfen, deren Prüfung in der Regel keine besonderen Schwierigkeiten bereitet und den Beteiligten keine Kosten verursacht: auch dann darf das Gericht alsbald die objektive Unrichtigkeit der Verfügung untersuchen. Und dieser Weg ist, wie sich zeigen wird[23], gangbar.

b) Im übrigen ließe sich für die Ansicht, daß die Bsbefugnis Teil des Beschwerdegrundes sei, allenfalls vorbringen:

In der Verwaltungsgerichtsbarkeit gehöre die Klagebefugnis kraft gesetzlicher Vorschrift zur Zulässigkeit der Anfechtungs- und der Verpflichtungsklage (§ 42 II VwGO). Im FGG fehle eine entsprechende ausdrückliche Bestimmung. Daraus könne man folgern, daß die Bsbefugnis mit der Zulässigkeit nichts zu tun habe und daß das Recht i.S. des § 20 I sowie seine Beeinträchtigung in keinem ihrer Intensitätsgrade, also nicht einmal in Form einer Behauptung, bei der Zulässigkeit vorhanden zu sein brauchten.

Indessen ist dieser Schluß nicht zwingend. Denn obwohl auch keine Vorschrift des FGG die behauptete objektive Unrichtigkeit der E ausdrücklich als Zulässigkeitsvoraussetzung erwähnt, spaltet man das Merkmal "objektive Unrichtigkeit"[24] auf und rechnet ihre Behauptung zur Zulässigkeit, ihr wirkliches Vorliegen dagegen zum Beschwerdegrund[25]. Warum sollte man nicht auch die Elemente "Recht" und "Beeinträchtigung" in dieser Weise aufspalten und je-

---

23 Vgl. unten VI (S. 75 ff.).
24 Das nach hier abgelehnter Terminologie sogar ein Element des § 20 I ist, vgl. oben II 1 a und c (S. 22 und 25).
25 Vgl. oben II 3 b (S. 27).

weils eine Hälfte der Zulässigkeit, die andere der Begründetheit zuordnen?

c) Man muß vielmehr umgekehrt argumentieren:

Es entspricht dem System des Verfahrensrechts, Begriffen, die mit demselben oder mit einem verwandten terminus technicus bezeichnet werden, innerhalb der verschiedenen Verfahrensordnungen auch jeweils den gleichen Standort zu geben[26]. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn eindeutige gesetzliche Vorschriften entgegenständen. Da das hier nicht der Fall ist, sollte man die der VwGO zugrunde liegenden Erkenntnisse der neueren Wissenschaft auch bei der Auslegung des 60 Jahre älteren und weniger durchgeformten FGG heranziehen.

Bei der Bsbefugnis handelt es sich, wie Kamm[27] zutreffend ausführt, ebenso wie bei der Klagebefugnis in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, um eine besondere Ausgestaltung des Rechtsschutzbedürfnisses, das anerkanntermaßen eine Zulässigkeitsvoraussetzung ist. Die Klagebefugnis wird daher vom Gesetzgeber als Zulässigkeitserfordernis betrachtet, und deshalb muß man auch die Bsbefugnis in der fr.G. zur Zulässigkeit rechnen[28].

4. a) Diese Annahme wird durch einen Umstand bekräftigt, der merkwürdigerweise in der bisherigen Diskussion kaum beachtet worden ist. Es gibt nämlich Fälle, in denen das Element "Recht" in einem bestimmten Intensitätsgrad, nämlich in Form der bloßen Behauptung, zweifelsfrei bereits zur Zulässigkeit der Bs gehört. Hier ein einfaches Beispiel:

---

26 Lüke, AöR 84, 196.
27 Kamm, Beschwerdebefugnis S.124 und JuS 1961, 147.
28 Ebenso Furtner, JZ 1957, 707, der einerseits die Parallele zur zivilprozessualen Prozeßführungsbefugnis zieht und andererseits darauf hinweist, daß § 20 II FGG, der mit Abs. I eng zusammenhänge, auf einen formellen Gesichtspunkt abstelle.

Der Testamentserbe beantragt einen Erbschein als Alleinerbe. Das Nachlaßgericht weist den Antrag zurück mit der Begründung, das Testament sei nichtig. Hiergegen legt der Antragsteller (ASt) Bs ein.

Die objektive Unrichtigkeit (hier wie meistens: Rechtswidrigkeit) der angefochtenen E muß der Bf für die Zulässigkeit behaupten[29]. Die E des AG lautet: dem ASt steht kein Alleinerbrecht zu. Behauptet man ihre Rechtswidrigkeit, so erhält man den Satz: dem ASt steht ein Alleinerbrecht zu.

In Fällen dieser Art - es sind diejenigen, in denen die Bs der verwaltungsgerichtlichen Verpflichtungsklage ähnelt[30] - ist die objektive Rechtswidrigkeit der Verfügung mit dem Recht des Bf untrennbar wechselseitig verknüpft[31]: Hat der Bf das beanspruchte Recht nicht, so ist die Verfügung rechtmäßig; hat er das behauptete Recht, so ist sie rechtswidrig. Und umgekehrt: Ist die Verfügung rechtmäßig, so hat er das beanspruchte Recht nicht; ist sie rechtswidrig, so hat er es. Muß aber die Rechtswidrigkeit der E für die Zulässigkeit behauptet werden, so muß der Bf jedenfalls in Fällen dieser Art zwangsläufig auch die (bloße) Behauptung aufstellen, ihm stehe ein Recht i.S. des § 20 I zu, wenn seine Bs zulässig sein soll. In diesem Intensitätsgrad gehört also das Element "Recht" hier zweifellos nicht erst zum Beschwerdegrund. Es handelt sich um Fälle des § 20 II FGG, in denen nach herrschender und richtiger Ansicht außerdem die Voraussetzungen des § 20 I gegeben sein müssen, weil Abs. II den Abs. I einschränkt, nicht

---

29 Vgl. oben II 3 b (S. 27).
30 Wenn auch keineswegs gleicht, vgl. unten VI 2 b Note 13 (S. 79).
31 Lüke, aaO S. 222 hat erkannt,daß auch bei der verwaltungsgerichtlichen Verpflichtungsklage die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts von dem "Betroffensein" (gemeint ist von der Rechtsverletzung) nicht getrennt werden kann.

erweitert[32].

Diese Überlegungen enthalten allerdings noch eine kleine Ungenauigkeit, wie folgendes Beispiel zeigt:

> Ein örtlich unzuständiges Nachlaßgericht weist den Erbscheinsantrag des A zurück mit der Begründung, A sei nicht Alleinerbe. A legt Bs ein.

Hier hätte das AG den Antrag als unzulässig abweisen müssen. Sieht man wie im Zivilprozeß in der Abweisung als unzulässig etwas von der Abweisung als unbegründet auch im Ausspruch Verschiedenes, so ist die E des AG selbst dann rechtswidrig, wenn der ASt das behauptete Erbrecht nicht hat. Dann ist aber die objektive Rechtswidrigkeit der E doch nicht zwangsläufig mit einem Recht des Bf verknüpft; folglich schließt die Behauptung der objektiven Rechtswidrigkeit der E logisch doch nicht die Behauptung eines Rechts i.S. des § 20 I FGG ein. Wohl aber praktisch: denn jedenfalls in der großen Mehrzahl der Verfahren der fr.G., die keine materielle Rechtskraft kennen, wird es kaum vorkommen, daß ein Bf die Bs mit der Behauptung einlegt, sein Antrag hätte nicht als unbegründet, sondern als unzulässig abgewiesen werden müssen. Mit einer solchen Umwandlung der Abweisung würde der Bf nichts gewinnen. Anders ist es im Zivilprozeß wegen der unterschiedlichen Rechtskraftwirkungen von Sach- und Prozeßabweisung. Hier kann es sehr wohl vorkommen, daß der sachlich unterlegene Kläger mit der Berufung geltend macht, die Klage sei unzulässig[33], und Entsprechendes mag für die wenigen Verfahren der fr.G. gelten, die eine materielle Rechtskraft kennen[34]. Von diesen Ausnahmen abgesehen, wird aber unter "Be-

---

32 Schlegelberger, § 20 Rdnr 35; Jansen, § 20 Anm. 8; Keidel, § 20 Rdnr 96. Teilweise a.M. Kamm, Beschwerdebefugnis S. 92 ff., aber wohl nicht für den hier erörterten Fall, daß der Antrag sachlich zurückgewiesen worden ist, vgl. aaO S. 97.

33 Daher wird im Klageverfahren des Zivilprozesses in solchen Fällen die Beschwer bejaht, vgl. Bettermann, ZZP 77, 49 mit weiteren Nachweisen; BGH LM Nr. 8 zu § 511 ZPO. Ebenso Bettermann aaO in Ausnahmefällen für das zivilprozessuale Beschwerdeverfahren.

34 Vgl. Note 16.

hauptung der objektiven Rechtswidrigkeit" der einen Antrag zurückweisenden Verfügung nur die Behauptung ihres kontradiktorischen Gegenteils, nicht auch die Behauptung eines konträren Gegenteils zu verstehen sein.

Als Ergebnis ist daher festzustellen: Es gibt auf weiten Gebieten der fr.G. bestimmte Fälle, in denen die Behauptung der objektiven Rechtswidrigkeit der angefochtenen E praktisch auf die (bloße) Behauptung eines Rechts i.S. des § 20 I FGG hinausläuft.

b) In anderen Fällen besteht eine wechselseitige Verknüpfung von objektiver Rechtswidrigkeit der Verfügung und Recht des Bf nicht. Hat z.B. das Nachlaßgericht der Witwe als der alleinigen testamentarischen Erbin einen Erbschein erteilt und legt hiergegen ein Neffe des Erblassers Bs ein mit der Begründung, das Testament sei nichtig, so ergibt sich noch nicht einmal die bloße Behauptung eines Rechts des Bf, wenn er nichts weiter geltend macht, als daß die angefochtene E objektiv rechtswidrig sei. Behauptet man die Unrichtigkeit der E: "die Witwe ist Alleinerbin", so erhält man nur den Satz: "die Witwe ist nicht Alleinerbin". Dagegen folgt daraus noch nicht, daß dem Neffen ein Erbrecht zustehe oder daß er es auch bloß behaupte.

Nur in Fällen dieser Art - es sind diejenigen, in denen die Bs der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage ähnelt[35] - wäre die Lehre, daß das "Recht" in keinem seiner Intensitätsgrade zur Zulässigkeit gehöre, daß die Bsbefugnis vielmehr erst beim Beschwerdegrund festzustellen sei, überhaupt vertretbar. Indessen unterscheidet § 20 I FGG[36] nicht nach Fällen verschiedener Art, und auch aus diesem Grunde ist die Lehre, daß die Bsbefugnis zur Begründetheit gehöre, abzulehnen.

---

35 Vgl. Note 30.
36 Vgl. oben zu Note 32.

5. Nachdem das Standortproblem gelöst ist, kann sich die Untersuchung jetzt der zweiten und schwierigeren Frage des § 20 I zuwenden, nämlich unter welchen Voraussetzungen die Bsbefugnis zu bejahen ist. Diese Frage wurde am Ende von Kap. II[37] wie folgt präzisiert:

   a) Muß der Bf, wenn er zur Einlegung der Bs befugt sein soll - und das heißt nach dem Gesagten: wenn seine Bs zulässig sein soll -,

      aa) ein Recht wirklich haben (vgl. unten IV) oder
      bb) es schlüssig behaupten (vgl. unten V), oder
      cc) braucht er es nur schlechthin zu behaupten (vgl. unten VI)?

   b) Muß die Verfügung, wenn dem Bf eine Bsbefugnis zustehen soll,

      aa) wirklich in das Recht eingreifen, es wirklich beeinträchtigen, oder
      bb) muß ein Eingriff schlüssig behauptet werden, oder
      cc) braucht er nur schlechthin behauptet zu werden (vgl. unten VI 1 und VII)?

   Die Untersuchung beschränkt sich in den beiden nächsten Kapiteln auf die Frage a). Auch für sie ist eine Lösung schon vorgezeichnet, wenn man an die unter 4 a erwähnten Fälle des § 20 II denkt, in denen die objektive Rechtswidrigkeit der Verfügung (praktisch) untrennbar mit dem Recht des Bf verknüpft ist (vgl. das Beispiel des abgelehnten Erbscheinsantrages).

   In Fällen dieser Art ist man sich unausgesprochen darüber einig, daß der Bf weder wirklich ein Recht zu haben noch es schlüssig zu behaupten braucht, wenn er zur Einlegung der Bs befugt und sein Rechtsmittel daher zulässig sein soll[38]. Denn wenn man das fordern wollte, so würde man

---

37 S. 28.
38 Angeschnitten ist dieser Punkt in RG JW 1902, 102 a.E..

hier doch schon bei der Zulässigkeit zugleich über die objektive Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung entscheiden, mindestens in rechtlicher Beziehung. Reicht für die Zulässigkeit unbestritten die bloße Behauptung der Rechtswidrigkeit aus, so muß jedenfalls in Fällen dieser Art auch die bloße Behauptung des Bf, ihm stehe ein Recht i.S. des § 20 I FGG[39] zu, genügen.

Da es auch in dieser Hinsicht durch nichts gerechtfertigt ist, § 20 I für verschiedene Fallgruppen verschieden auszulegen, könnte man schon aus diesem Grunde auch dort, wo die untrennbare wechselseitige Verknüpfung von objektiver Rechtswidrigkeit der angefochtenen E und Recht des Bf nicht besteht, für die Bsbefugnis die bloße Behauptung eines Rechts genügen lassen. Daß diese Ansicht richtig ist, soll aber auch in den folgenden Einzeluntersuchungen an den praktischen Folgen gezeigt werden, die sich aus den Gegenmeinungen ergeben würden.

---

39 Vgl. oben zu Note 32.

Kapitel IV

Die Lehre vom wirklich vorhandenen Recht als Zulässigkeitsvoraussetzung

1. Jansen[1] und Furtner[2] verlangen für die - der Zulässigkeit zugeordnete - Bsbefugnis, daß der Bf wirklich ein Recht habe und darin beeinträchtigt sei. Allerdings soll bei der Prüfung, ob diese Voraussetzungen vorliegen, die objektive Unrichtigkeit der E unterstellt werden, eine Wendung, die im folgenden als "Unterstellungsformel" bezeichnet wird. So heißt es bei Jansen aaO[3]:

> "Die bloße Behauptung des Bf, in seinen Rechten beeinträchtigt zu sein, oder die Anführung von Tatsachen, aus denen sich die Rechtsbeeinträchtigung ergeben soll, genügt nicht, die Zulässigkeit des Rechtsmittels zu begründen; das Beschwerderecht in dem dargelegten Sinne muß wirklich bestehen. ... Die Unrichtigkeit der angefochtenen E unterstellt, muß also ein Recht des Bf wirklich, nicht nur nach seiner Behauptung, beeinträchtigt sein."[4]

Unter "Entscheidung" wird dabei nur die Entscheidungsformel, nicht die Begründung verstanden[5].

Jansen beruft sich auf eine E des KG[6], übersieht aber[7],

---

1 Jansen, § 20 Anm. 2
2 Furtner, JZ 1961, 527 und DNotZ 1966, 10.
3 Vgl. ferner Furtner, DNotZ 1966, 13 Note 50 mit Nachweisen; JZ 1961, 529; KG JFG 3, 113 (114).
4 Ähnlich Furtner, DNotZ 1966, 13. Auch Lent-Habscheid, Lehrbuch S. 187 verlangen offenbar ein wirklich vorhandenes Recht. Sie packen das Problem allerdings von der Seite des Eingriffs in das Recht her an, vgl. unten VI 1 a (S. 76).
5 Jansen, aaO Anm. 1; vgl. auch KG OLGZ 1966, 74 (75) mit Rechtsprechungsnachweisen.
6 OLGE 6, 344.
7 Vermutlich ist das darauf zurückzuführen, daß in der Vorauflage des von Jansen fortgeführten Jastrow-Günther'schen Kommentars die Bsbefugnis zur Begründetheit gerechnet wurde, vgl. den Hinweis bei Jansen, aaO Anm.4.

daß dieses die Bsbefugnis dort wohl zum Beschwerdegrund gerechnet hat[7 a].

Ob Jansen mit "Beeinträchtigung" den wertneutralen Eingriff oder die Rechtsverletzung meint, ist nicht klar ersichtlich. Für die zweite Annahme spricht, daß er das Element "unterstellte Unrichtigkeit der E" in die Definition mit hereinnimmt. Möglicherweise tut Jansen das aber nur aus folgendem Grunde: Es gibt Fälle, in denen es gar nicht denkbar ist, daß der Bf das von ihm behauptete Recht wirklich hat und die Verfügung rechtmäßig in dieses Recht eingreift. Hierher gehören neben den in Kap. III 4 a erörterten Beispielen des § 20 II FGG, in denen das Recht des Bf praktisch untrennbar mit der objektiven Rechtswidrigkeit der E verbunden ist und umgekehrt (wechselseitige Verknüpfung), auch diejenigen Fälle, in denen zwar die Verfügung notwendigerweise objektiv rechtswidrig ist, wenn der Bf das in Anspruch genommene Recht wirklich hat, aber nicht umgekehrt die objektive Rechtswidrigkeit der Verfügung zwangsläufig besagt, daß der Bf das behauptete Recht hat (einseitige Verknüpfung). Dafür ein Beispiel: Das Nachlaßgericht erteilt dem A einen Erbschein. B verlangt im Beschwerdewege die Einziehung mit der Behauptung, er sei Erbe. Ist er es wirklich, so ist der Erbschein unrichtig. Ist dagegen C Erbe, so ist der Erbschein zwar unrichtig, aber der Bf hat kein Erbrecht.

Möglicherweise hat Jansen nur wegen dieser beiden Fallgruppen, in denen die wirkliche Rechtsbeeinträchtigung des Bf stets zugleich eine Rechtsverletzung ist, das Element der unterstellten objektiven Unrichtigkeit in seine Definition mit aufgenommen. In vielen anderen Fällen ist eine wirkliche Rechtsbeeinträchtigung (im Sinne von neutralem Eingriff) aber auch denkbar, ohne daß die Verfügung objektiv unrichtig ist (fehlende Verknüpfung): nur

---

7a Vgl. unten VIII Note 3 (S. 114).

dann entspricht genau genommen die Rechtsbeeinträchtigung vollständig der hier verwendeten Definition[7b]. Hat z.B. das Nachlaßgericht dem T ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt und verlangt der angebliche Erbe A im Beschwerdewege die Einziehung mit der Begründung, die Testamentsvollstreckerernennung sei nichtig, so ist das Zeugnis nicht schon deshalb unrichtig, weil sich herausstellt, daß A wirklich Erbe ist, obwohl es dann in sein Erbrecht tatsächlich eingreift, es beeinträchtigt. Umgekehrt muß A nicht Erbe sein, wenn die Testamentsvollstreckerernennung wirklich nichtig und das Zeugnis daher unrichtig ist. In Fällen dieser Art ist das Element der unterstellten Unrichtigkeit der E in der Jansen'schen Definition aber nur sinnvoll, wenn mit Rechtsbeeinträchtigung der unrichtige (meist: rechtswidrige) Eingriff, die Rechtsverletzung, gemeint ist. Vermutlich rühren die die Diskussion so stark belastenden terminologischen Unklarheiten daher, daß man die erwähnten Fallgruppen nicht genügend unterscheidet.

2. Gegen die Meinung Jansens spricht jedoch, daß sie zu äußerst unpraktischen Ergebnissen führt, weil der Weg bis zur Prüfung derjenigen Fragen, die das untere Gericht nach Ansicht des Bf falsch entschieden hat und die er in der Beschwerdeinstanz erörtert wissen will, häufig außerordentlich lang ist[8]. Das kann zu einer unnötigen Arbeitsbelastung der Beschwerdegerichte führen, und vor allem den Rechtsbeschwerdegerichten würde nach dieser Lehre vielfach die Pflicht zu umfangreichen tatsächlichen Ermittlungen aufgebürdet werden, was kaum der Absicht des Gesetzgebers entsprechen dürfte. Auch kann sich das Verfahren dadurch verteuern. Hier ein Beispiel:

> Der Erblasser hat seine Ehefrau zur alleinigen Erbin eingesetzt. Das AG hat der Witwe daraufhin einen Erbschein erteilt.
>
> Die Nichte des Erblassers legt hiergegen Bs mit dem

7b Vgl. oben II 1 c (S. 25).
8 Ebenso Deubner, JuS 1961, 131.

Ziel der Einziehung des Erbscheins ein. Sie macht geltend, das Testament sei nichtig, weil Ort und Zeit der Errichtung nicht angegeben seien. Bei gesetzlicher Erbfolge sei sie, die Nichte, Miterbin. Der kinderlose Sohn des Erblassers sei vorverstorben. Die Tochter habe durch einen 1943 vor einem Notar in Ostpreußen geschlossenen Vertrag auf ihr gesetzliches Erbrecht verzichtet. Der Bruder des Erblassers - Vater der Bfin - der das Testament auch für nichtig halte, habe die Erbschaft ausgeschlagen, und zwar zunächst verspätet. Er habe die Versäumung der Ausschlagungsfrist aber wegen Irrtums angefochten.

Die Nichte hätte in diesem Fall nur dann ein Recht, in dem sie durch den unterstelltermaßen unrichtigen Erbschein beeinträchtigt (und zugleich verletzt) wäre, wenn sie bei gesetzlicher Erbfolge tatsächlich Miterbin wäre. Das Gericht müßte also schon im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung die Vorlage des zwischen dem Erblasser und seiner Tochter geschlossenen Erbverzichtsvertrages verlangen; da dieser auf der Flucht verlorengegangen ist, müßte es anderweit Beweis über den Erbverzicht der Tochter erheben. Es müßte ferner ermitteln, ob sich der Bruder in einem zur Anfechtung berechtigenden Irrtum über den Lauf der Ausschlagungsfrist befunden hat. Schließlich müßten die Geburtsurkunden des Erblassers, seines Bruders und der Bfin sowie mindestens die Sterbeurkunde des Sohnes des Erblassers vorgelegt werden. Diese Urkunden sind jedoch nicht zu beschaffen, weil die betreffenden Standesämter im polnisch besetzten Gebiet liegen. Es müssen also Zeugen vernommen werden. Erst wenn das Gericht nach Abschluß aller dieser Ermittlungen zu dem Ergebnis käme, daß der Bfin ein gesetzliches Erbrecht tatsächlich zustände, wäre die Bs zulässig. Wenn sich das Beschwerdegericht dann auf vielen Seiten seines Beschlusses über die Zulässigkeit verbreitet hätte, müßte es zum Schluß lakonisch sagen: "Die Bs ist aber unbegründet,

weil das Testament gültig ist. Die Angabe von Ort und Zeit ist nicht zwingend vorgeschrieben (§ 2247 II BGB)."[9]

Kein Gericht würde so entscheiden; denn die Beteiligten würden ihm mit Recht vorwerfen: "Um zu diesem Ergebnis zu kommen, hättet ihr nicht derart zeitraubende Ermittlungen anzustellen brauchen." Es ist eine rechtsstaatliche Forderung, daß der Bürger auf möglichst schnellem und billigem Wege zu seinem Recht komme, und dieser Forderung muß man bei der Auslegung prozessualer Vorschriften gerecht werden.

Würde die Nichte in diesem Fall weitere Bs einlegen, so müßte obendrein auch noch das OLG in tatsächlicher Hinsicht nachprüfen, ob der Nichte ein gesetzliches Erbrecht zustände; denn es würde sich ja um die Zulässigkeit der ersten Bs, also um das Verfahren des LG handeln[10].

3. Die Praxis läßt diese Lehre auch häufig stillschweigend beiseite[11], sobald sie unbequem wird. Hier einige Beispiele:

a) 1. Kommorientenfall[12]

Das LG hatte das AG angewiesen, einen Erbschein des Inhalts zu erteilen, daß der Erblasser von seiner nachverstorbenen Ehefrau, der Mutter des Antragstellers und Bf (eines Stiefsohnes des Erblassers), allein beerbt worden sei.

---

9 Man kann statt des Formmangels jedes andere Argument nehmen, das sich aus rechtlichen Erwägungen leicht widerlegen läßt, wenn vielleicht auch nicht in so überspitzt einfacher Weise.

10 Vgl. oben III 2 d (S. 33).

11 Ausnahmen bilden, soweit ersichtlich, nur BGHZ 3, 203 (204) (vgl. dazu unten V 1 b Note 9 (S. 56)) sowie OLG Rostock JFG 2, 231, wo das OLG für die der Zulässigkeit zugeordnete Bsbefugnis ein wirklich bestehendes Recht gefordert und in concreto aus Rechtsgründen verneint hat (vgl. dazu unten VII 3 (S. 110 f.)).

12 KG, Beschluß vom 24.9.1962 - 1 W 1355.62 -, n.v..

Hiergegen legte ein angeblicher Vetter des Erblassers weitere Bs ein. Er machte u.a. geltend, die Annahme des LG, die Ehefrau habe den Erblasser überlebt, beruhe auf Rechtsirrtum (es handelte sich um die Anwendung einer Kommorientenvermutung).

Das KG[13] beruft sich bei der Erörterung der Bsbefugnis auf die Ansicht von Jansen. Da dieser für die Zulässigkeit das tatsächliche Bestehen eines Rechts verlangt, hätte das KG prüfen müssen, ob der Rechtsbeschwerdeführer Erbe gewesen wäre, wenn die E des LG als unrichtig unterstellt wurde. Das traf aber nur zu, wenn er wirklich ein Vetter und der nächste überlebende Verwandte des Erblassers war. Das KG hätte daher nach der hier bekämpften Lehre schon bei der Zulässigkeitsprüfung die Vorlage der Geburtsurkunden des Erblassers, des Rechtsbf und der Personen, durch die sie mit einem gemeinschaftlichen Großelternteil verwandt waren, sowie der Sterbeurkunden dieser und etwaiger anderer näher verwandter Personen (z.B. Geschwister des Erblassers) verlangen und zugleich den Nachweis fordern müssen, daß der Erblasser keine Abkömmlinge hatte. Wenn es die Vorschrift des § 2356 I 1 BGB über den Urkundennachweis im Bsverfahren nicht anwenden wollte, hätte es sich in anderer Weise davon überzeugen müssen, ob der Bf wirklich ein Vetter des Erblassers war. Statt dessen führt das KG einfach aus:

"Er (der Bf) <u>behauptet</u>[14] ..., daß er ein doppelter Cousin des Erblassers sei. ... (Es folgen Ausführungen darüber, daß die Ehefrau den Vetter von der gesetzlichen Erbfolge ausschließt). Mithin kann der Bf, wenn man zu seinen Gunsten das Fehlen von Abkömmlingen, von Eltern und Abkömmlingen von Eltern des Erblassers <u>unterstellt</u>[14], zur gesetzlichen Erbfolge nur berufen sein, wenn der Erblasser nicht von seiner Ehefrau überlebt worden ist. Dem Bf steht da-

13 Unter dem Vorsitz von Jansen.
14 Hervorhebung vom Verfasser.

her ein Bsrecht zu, soweit er geltend macht, das LG habe zu Unrecht angenommen, Ida A. habe ihren Ehemann überlebt."

Das KG begnügt sich also nicht nur mit der (in concreto allerdings schlüssigen) Behauptung, der Bf sei ein Vetter des Erblassers, sondern auch mit der unsubstantiierten Behauptung, es sei kein näherer Verwandter mehr vorhanden, d.h. aber letztlich mit der bloßen Rechtsbehauptung, dem Bf stehe ein durch die angefochtene E verletztes Erbrecht zu.

Im Ergebnis hat das KG richtig entschieden. Denn wie sich zeigen wird[15], reichte diese reine Rechtsbehauptung des Vetters für die Zulässigkeit der Bs aus.

b) Erbhoffall[16]

Der Erblasser, ein Erbhofbauer, ist 1944 in Ostpreußen verstorben. Er hat einen Sohn, zwei Töchter und seine Ehefrau hinterlassen. Das Nachlaßgericht erteilte dem Sohn 1957 ein sein Anerbenrecht ausweisendes Hoffolgezeugnis und einen auf das erbhoffreie Vermögen beschränkten Erbschein des Inhalts, daß er, die beiden Töchter und die Witwe Erben zu je 1/4 seien.

1963 beantragten die Töchter, diesen Erbschein und das Hoffolgezeugnis einzuziehen und einen neuen Erbschein des gleichen Inhalts, aber ohne Beschränkung auf das erbhoffreie Vermögen zu erteilen. Sie machten geltend, der Nachlaß sei bei Inkrafttreten des Kontrollratsgesetzes Nr. 45 (1947) noch nicht im Sinne des Artikels XII Absatz 2 dieses Gesetzes "geregelt" gewesen, so daß Erbhofrecht nicht mehr anwendbar sei; vielmehr trete Erbfolge nach dem BGB ein.

---

15 Vgl. unten VI 1a (S. 75 ff.).
16 Fall KG RdL 1964, 151 f..

Das AG lehnte die Einziehung des Hoffolgezeugnisses und des beschränkten Erbscheins ab und wies den Erbscheinsantrag der Töchter zurück, weil nach seiner Ansicht der Nachlaß 1947 bereits geregelt war.

Hiergegen legten die Töchter Bs ein. Sie verfolgten ihre Rechtsansicht weiter und machten ferner geltend, Erbhofrecht sei auch deshalb nicht anwendbar, weil - wie sie behaupteten - die Ehefrau Miteigentümerin des Hofes gewesen sei.

Das LG war der Ansicht, es müßten noch weitere Ermittlungen darüber angestellt werden, ob der Nachlaß 1947 schon "geregelt" gewesen sei. Es verwies die Sache daher unter Aufhebung der angefochtenen E an das AG zurück. Die Frage, ob der Hof im Alleineigentum des Erblassers gestanden habe, ließ es offen, weil es sie für die Entscheidung, ob Erbhofrecht anwendbar sei, für unerheblich hielt.

Hiergegen legte der Sohn weitere Bs ein. Das KG verschwendete an die Feststellung der Zulässigkeit der weiteren Bs kein Wort. Materiellrechtlich vertrat es folgende Ansicht: Das Kontrollratsgesetz Nr. 45, das nur in den vier Besatzungszonen gelte, sei auf einen in Ostpreußen eingetretenen Erbfall nicht anwendbar. Auf die Frage, ob der Nachlaß 1947 im Sinne dieses Gesetzes "geregelt" gewesen sei, komme es daher gar nicht an. Vielmehr habe zur Zeit des Erbfalls in Ostpreußen Erbhofrecht gegolten, und daran habe sich durch die nachträgliche Vertreibung nichts geändert. Auch die weitere Frage, ob der Hof im Alleineigentum des Erblassers gestanden habe, sei unerheblich. Denn wenn die Ehefrau Miteigentümerin gewesen sei, so führe das nicht zur Unanwendbarkeit des Erbhofgesetzes. Vielmehr sei dann der Hof ein Ehegattenerbhof gewesen und die Witwe Anerbin geworden.

Diese E des KG[17] wäre(auch)nach der hier bekämpften Lehre Jansens prozessual unrichtig[18]. Die E des LG lautete der Begründung nach: es steht noch nicht fest, ob Erbhofrecht anwendbar ist. Daraus ergab sich sinngemäß der Tenor: es steht noch nicht fest, a) ob den Töchtern auch bezüglich des Hofes ein Erbrecht zusteht oder b) ob der Sohn oder die Witwe Anerbe geworden ist. Unterstellt man diese E als unrichtig, so erhält man den Satz: es steht ohne weitere Ermittlungen hinsichtlich einer "Regelung" des Nachlasses schon jetzt fest, a) ob die Töchter auch bezüglich des Hofes ein Erbrecht haben oder b) ob der Sohn oder die Witwe Anerbe geworden ist. Daraus folgt aber noch lange nicht, daß der Sohn durch die E des LG in einem tatsächlich bestehenden Recht verletzt ist. Denn wenn der Hof ein Ehegattenerbhof war, hätte nur die Witwe Anerbin geworden sein können; der Sohn hätte dann also kein wirklich bestehendes Recht gehabt, in dem er bei unterstellterma-ßen schon jetzt feststehender Geltung des Reichserbhofgesetzes durch die in diesem Fall unrichtige E des LG verletzt gewesen wäre.

Das KG hätte also nach der hier bekämpften Lehre zunächst ermitteln müssen, ob der Hof ein Ehegattenerbhof war. Denn es durfte die Zulässigkeit der weiteren Bs nicht dahingestellt lassen. Wäre das KG zu dem Ergebnis gekommen, daß der Hof ein Ehegattenerbhof war, so hätte es die weitere Bs des Sohnes als unzulässig verwerfen müssen. Die zur Begründetheit gehörende Frage, ob Erbhofrecht nicht oder wohl oder erst nach weiterer Sachaufklärung anwendbar war, hätte es nur prüfen dürfen, wenn es zuvor festgestellt hatte, daß der Erblasser Alleineigentümer des Hofes gewesen war.

Auch an diesem Beispiel zeigt sich, wie unpraktisch die hier bekämpfte Lehre ist. Der Weg zu der eigentlichen Streitfrage, die das KG als Rechtsbeschwerdegericht durch rechtliche Überlegungen schnell entscheiden könnte, wird durch

---

17 Die E ist unter dem Vorsitz von Jansen ergangen.
18 Sie ist auch nach richtiger Ansicht prozessual falsch, vgl. unten VI 3 a (S. 80 ff.).

umständliche tatsächliche Ermittlungen verbarrikadiert, die angeblich die Zulässigkeit betreffen, in Wirklichkeit aber der teilweisen Klärung der materiellen Rechtslage dienen. Später erweisen sich diese Ermittlungen unter Umständen als überflüssig. So wäre es z.B. auf die Miteigentumsfrage nicht angekommen, wenn das KG Erbhofrecht nicht mehr für anwendbar gehalten hätte.

Das KG hat aber - unbewußt auch in diesem Fall der hier vertretenen Ansicht folgend - die weitere Bs mit Recht für zulässig erachtet. Denn der Sohn hatte die reine Rechtsbehauptung aufgestellt, er sei, ohne daß es weiterer Ermittlungen bedürfe, Anerbe und sei in diesem behaupteten Recht durch die E des LG, welche weitere Ermittlungen anordnete, verletzt. Mehr war für die Zulässigkeit der weiteren Bs nicht erforderlich.

4. Gegen die hier bekämpfte Ansicht spricht ferner, daß häufig ein großer Teil oder gar die Gesamtheit der für die objektive Rechtmäßigkeit der angefochtenen E maßgebenden sachlich-rechtlichen Probleme bereits bei der Zulässigkeitsprüfung in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung erörtert werden muß[19]. Das läßt sich ebenfalls an dem soeben erwähnten Erbhoffall zeigen. Denn auch die E des LG, das die erste Bs der Töchter formelhaft "nach §§ 19, 20, 21 FGG" für zulässig erachtet hatte, wäre nach der hier bekämpften Lehre prozessual zum Teil falsch gewesen.

Das AG hatte zwei Entscheidungen getroffen, nämlich a) den Antrag der Töchter auf Erteilung eines nicht auf das erbhoffreie Vermögen beschränkten Erbscheins zurückgewiesen und b) die Einziehung des dem Sohn erteilten Hoffolgezeugnisses und des beschränkten Erbscheins abgelehnt.

a) Bezüglich des zurückgewiesenen Erbscheinsantrages bereitet die Zulässigkeitsprüfung keine Schwierigkeiten. Die E des AG lautete negativ: die Töchter sind in bezug

---

19 Vgl. auch Deubner, JuS 1961, 131.

auf den Hof nicht Erben. Nach der Unterstellungsformel ergab sich der positive Satz: die Töchter sind (auch) in bezug auf den Hof Erben. In diesem (behaupteten) Erbrecht wären sie durch die Ablehnung des Erbscheinsantrages verletzt gewesen. Die Bs war also insoweit zulässig.

b) Bezüglich der abgelehnten Einziehung des Hoffolgezeugnisses lautete die E des AG dagegen positiv: der Sohn ist Anerbe. Nach der Unterstellungsformel ergab sich der negative Satz: der Sohn ist nicht Anerbe. Hatten die Töchter also ein Recht, in dem sie durch die abgelehnte Einziehung verletzt sein konnten?

Diese Frage läßt sich ohne ein Eingehen auf die materielle Rechtslage gar nicht beantworten. Denn die E des AG, daß der Sohn Anerbe sei, konnte nach dem Vorbringen in der Beschwerdeinstanz aus zwei Gründen unrichtig sein: entweder, weil zwar Erbhofrecht anwendbar, der Hof aber ein Ehegattenerbhof und deshalb die Witwe Anerbin war; oder aber, weil Erbhofrecht überhaupt nicht mehr anzuwenden war und daher gesetzliche Erbfolge nach dem BGB eintrat. Nur im zweiten Fall stand aber den Töchtern auch in bezug auf den Hof ein Erbrecht zu, in dem sie durch das unterstellterma-ßen unrichtige Hoffolgezeugnis verletzt gewesen wären. Das LG hätte daher nach der hier bekämpften Lehre bereits bei der Zulässigkeit der Bs prüfen müssen, ob das Reichserbhofgesetz noch anzuwenden sei. Da das nach seiner Ansicht davon abhing, ob der Nachlaß bereits im Sinne des KRG Nr.45 "geregelt" war, hätte es von seinem Standpunkt aus auch die zu diesem Punkt für erforderlich erachteten tatsächlichen Ermittlungen selbst anstellen müssen, weil es die Zulässigkeit der Bs nicht dahingestellt lassen durfte.

Wäre das LG nach Abschluß dieser Ermittlungen zu dem Ergebnis gelangt, daß Erbhofrecht nicht mehr anwendbar sei, so hätte es der Bs stattgeben müssen. Mit der Zulässigkeit wäre zugleich die Begründetheit zu bejahen gewesen, da an dem Erbrecht der Töchter nach BGB im übrigen kein Zweifel

bestand. Nicht nur die gesamte rechtliche Würdigung, sondern auch die Feststellung der materiell erheblichen Tatsachen hätte sich im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung abgespielt - ein Ergebnis, das wenig befriedigt[20].

Wäre das LG dagegen zu dem Ergebnis gelangt, daß der Fall noch nach dem Reichserbhofgesetz zu behandeln sei, so hätte es nach der hier bekämpften Lehre die Bs als unzulässig verwerfen müssen. Denn die Töchter wären in diesem Fall selbst dann nicht in ihren Rechten verletzt gewesen, wenn der Hof ein Ehegattenerbhof, folglich die Witwe Anerbin und das Hoffolgezeugnis unrichtig gewesen wäre. Das KG, das das Reichserbhofgesetz noch für anwendbar hielt, hat sich jedoch auch in diesem Punkt nicht an die hier bekämpfte Lehre gehalten und hat die erste Bs der Töchter gegen den Beschluß des AG als unbegründet zurückgewiesen, obwohl es die Frage des Miteigentums der Witwe unerörtert ließ, d.h. obwohl die E des AG vom Standpunkt des KG aus immer noch unrichtig sein konnte[21].

Das LG hat aber nach hier vertretener Ansicht die erste Bs mit Recht für zulässig erachtet, weil die Töchter die reine Rechtsbehauptung aufgestellt hatten, sie seien auch bezüglich des Hofes Miterben.

Nach alledem ist die Lehre, es gehöre zur Zulässigkeit, daß der Bf in einem tatsächlich bestehenden Recht beeinträchtigt sei, mindestens wenn die angefochtene E als objektiv unrichtig unterstellt werde, abzulehnen.

---

20 Auch Deubner, aaO weist auf solche unerfreulichen Konsequenzen der hier bekämpften Lehre hin.

21 In sich war die Annahme, daß die erste Bs unbegründet sei, richtig. Nur durfte das KG der weiteren Bs nicht ohne Klärung der Miteigentumsfrage stattgeben, vgl. unten VI 3 a (S. 81 f.).

Kapitel V

Die Lehre vom schlüssig behaupteten Recht als Zulässigkeitsvoraussetzung

1. a) Einige Autoren verlangen für die der Zulässigkeit zugeordnete Bsbefugnis, daß der Bf ein Recht schlüssig behaupte, das im Falle seines Bestehens durch die E beeinträchtigt wäre. Die Bs soll also zulässig sein, wenn der Bf Tatsachen vorgetragen hat, die[1], ihre Wahrheit unterstellt, ein Recht i.S. des § 20 I FGG ergeben. Bei der Begründetheit soll dann geprüft werden, ob dieser Tatsachenvortrag wahr ist und ob die angefochtene Verfügung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen objektiv unrichtig ist. Die Schlüssigkeitsprüfung ist also "quantitativ" auf das "Recht" begrenzt.

Hauptvertreter dieser Lehre sind Lüke[2], Baur[3] und Kamm[4]. Auch Schlegelberger[5] scheint dieser Ansicht zu folgen. Keidel[6] verlangt zwar ebenfalls die schlüssige Behauptung eines Rechts. Da er aber in denjenigen Fällen, in denen die Prüfung der Bsbefugnis ein Eintreten in die Sachprüfung erforderlich mache - gemeint ist wohl: eine Erörterung materiellrechtlicher Probleme -, die Bsbefugnis zur Begründetheit rechnet, gehört er nicht zu den Vertretern der hier zu behandelnden Ansicht.

In der Rechtsprechung scheint die Schlüssigkeitstheorie vom OLG Hamm[7] befolgt zu werden.

---

1 Für sich allein oder in Verbindung mit den bereits im Verfahren erster Instanz festgestellten oder sonst bekannten Tatsachen, vgl. Kamm, Beschwerdebefugnis S. 137, 139.
2 Lüke, AöR 84, 190-195.
3 Baur, Lehrbuch § 29 A III 2 a (4) (S. 320).
4 Kamm, Beschwerdebefugnis S. 134 ff. und JuS 1961, 147 Note 6. Ebenso Deubner, JuS 1961, 130 f..
5 Schlegelberger, § 25 Rdnr 5.
6 Keidel, § 20 Rdnr 2.
7 OLGZ 1965, 342 (344). - In JFG 23,244 (225) scheint auch das OLG München der Schlüssigkeitstheorie gefolgt zu sei

b) Der BGH vertritt eine eigenartig modifizierte "Schlüssigkeits"-theorie. Er führt in einer E[8] zwar aus, für die Zulässigkeit der Bs eines hoferbenberechtigten Abkömmlings, der an sich nicht der nächstberufene sei, gegen den Zustimmungsbeschluß des AG (gemeint ist die Zustimmung zu einer testamentarischen Hoferbeneinsetzung der Ehefrau gemäß § 7 II HöfeO) genüge es, wenn der Bf in der Beschwerdeschrift einen Sachverhalt vortrage, der, wenn er als richtig unterstellt werde, dem Bf die Stellung des nächstberufenen hoferbenberechtigten Abkömmlings gebe (der Bf hatte vorgetragen, der nächstberufene Abkömmling sei nicht wirtschaftsfähig). Ob der behauptete Sachverhalt sich als richtig erweise, sei erst bei der Begründetheit zu prüfen[9].

Das sieht nach reiner Schlüssigkeitsprüfung aus. Zur näheren Begründung verweist der BGH jedoch auf eine frühere E, in der er etwas ganz anderes ausgeführt hatte. In jener E[10] heißt es zunächst, die Bs sei wegen Fehlens der Bsberechtigung als unzulässig zu verwerfen, wenn die rechtliche Würdigung des Sachvortrages[11] des Bf ergebe, daß dieser durch die angefochtene E nicht beeinträchtigt sein könne, beispielsweise wenn sich der Pächter gegen die Genehmigung eines Grundstückskaufvertrages oder ein Nacherbe gegen die Versagung des von dem Erben beantragten Erbscheins wende. In diesen Fällen fehle es nach dem Sachvortrag des Bf an einem Recht, das unmittelbar beeinträchtigt sein könne. Bis hierher scheint das auch noch die Schlüssigkeitstheorie zu sein.

---

8 LM Nr. 4 zu § 38 LVO = MDR 1963, 396.

9 In BGHZ 3, 203 (204) hatte der BGH im Zusammenhang mit dem Satz, daß der allein wirtschaftsfähige von mehreren Abkömmlingen bei Genehmigung der Übergabe des Hofes an einen anderen Abkömmling beschwerdeberechtigt sei, noch die Sachverhaltsaufklärung darüber verlangt, ob der Erstbf wirklich der allein wirtschaftsfähige Abkömmling sei. Der BGH hat dort allerdings nicht deutlich ausgesprochen, daß er das Bsrecht zur Zulässigkeit rechne.

10 LM Nr. 6 zu § 18 HöfeO = MDR 1963, 39. Ähnlich BGH MDR 1968, 484.

11 Hervorhebung hier und im folgenden vom Verfasser.

Man sollte nun meinen, der BGH werde die Bs für zulässig erachten, wenn nach dem Sachvortrag des Bf ein Recht bestehe, das beeinträchtigt sein könne. Statt dessen heißt es:

> "Die Rechtsbeschwerdeführerin beruft sich ... auf ein Recht[12], das sich nach ihrer Ansicht" (sc. Rechtsansicht!) "aus Verträgen ableitet und auf das sie nach ihrer Darstellung"(Tatsachenvortrag? Rechtsansicht?) "auch nicht verzichtet hat. Sie gibt diesen Verträgen eine Auslegung" (Rechtsansicht!), "die immerhin möglich ist und ihr gesamtes Vorbringen als schlüssig erscheinen läßt. Ob ihr das Gericht insoweit folgt, ist für die Frage der Bsberechtigung nicht wesentlich. Bei der Prüfung der Frage der Rechtsbeeinträchtigung war von der Beurteilung der Sach- und (!) Rechtslage auszugehen, wie sie die Bfin anstellte, also zu untersuchen, ob, wenn diese" (sc. auch die rechtliche) "Beurteilung zutreffen sollte, ein Recht der Bfin durch die angefochtene E beeinträchtigt wäre. Vermochte sich das Beschwerdegericht der Auslegung nicht anzuschließen, verneinte es also das Vorhandensein eines Erbrechts der Antragstellerin" (sc. gegebenenfalls auch aus rechtlichen Gründen!), "so war die sofortige Bs als unbegründet zurückzuweisen, nicht aber als unzulässig zu verwerfen...[13]. Es geht nicht an, eine Bs als unzulässig zu behandeln, weil der Anspruch, den das Rechtsmittel der Sache nach betrifft, nicht besteht. Eine derartige Vorwegnahme der Sachentscheidung widerspricht der Struktur des geltenden Verfahrensrechts..."

---

12 Es handelte sich um ein im Erbschein nicht vermerktes Nacherbenrecht.

13 Hier beruft sich der BGH zu Unrecht auf Baur, Lehrbuch § 29 A III 2 a (4). Baur sagt keineswegs, daß von der Rechtsansicht des Bf auszugehen sei. Vielmehr sollen nach der Meinung von Baur nur die vom Bf behaupteten Tatsachen maßgebend sein.

Und in einer noch früheren E[14] heißt es:

> "Bei der Prüfung der Frage, ob eine Rechtsbeeinträchtigung vorliegt, ist von dem tatsächlichen Vorbringen des Bf und seiner Beurteilung der Rechtslage, falls sie vertretbar ist, auszugehen."

Das ist aber keine Schlüssigkeitsprüfung! Bekanntlich ist ein Vorbringen schlüssig, wenn nach der rechtlichen Beurteilung, die das Gericht den Tatsachenbehauptungen des Klägers (Antragstellers, Beschwerdeführers), ihre Wahrheit unterstellt, gibt, ein Recht besteht oder die sonst begehrte Rechtsfolge eintritt. Der BGH unterstellt jedoch nicht nur den Tatsachenvortrag als wahr, sondern auch die Rechtsansicht des Bf als richtig, jedenfalls wenn sie vertretbar ist. Das heißt aber nichts weiter, als daß er eine bloße Rechtsbehauptung gelten läßt.

Mit der Formulierung, es sei von der Ansicht des Bf auszugehen, falls sie vertretbar sei, meint der BGH wohl, der Vortrag des Bf dürfe nicht offensichtlich unschlüssig sein - ein Kriterium, das bisweilen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Bestimmung der Klagebefugnis verwendet wird[15]. Insoweit kann dem BGH aber auf keinen Fall gefolgt werden. Denn eine Abgrenzung, die sich auf eine nur vorläufige, überschlägige rechtliche Beurteilung eines Tatsachenvorbringens stützt, stellt keinen brauchbaren Maßstab für die Zulässigkeit der Bs dar[16]. Möglicherweise hat dem BGH aber, wie sich zeigen wird[17], etwas ganz anderes und im Prinzip Richtiges vorgeschwebt.

c) Auch das OLG Celle folgt der Schlüssigkeitstheorie nur scheinbar. Es sagt zwar im Leitsatz einer E[18], die Bs sei zulässig, wenn eine "Beschwer"[19] angenommen werden müßte,

---

14 LM Nr. 8 zu § 9 LwVG, Bl. 2.
15 Vgl. die Übersicht bei Engelhardt, JZ 1961, 589. Siehe auch aaO S. 592 unter 3 b).
16 Gegen eine rechtliche Prima-facie-Prüfung auch Kamm, Beschwerdebefugnis S. 138.
17 Vgl. unten VII 2 c (S. 107 ff.).
18 OLG Celle, DNotZ 1956, 659.
19 Gemeint ist offenbar eine Rechtsverletzung.

falls die vom Bf vorgetragenen Tatsachen zuträfen. Verneine das Gericht daraufhin eine "Beschwer", so sei das Rechtsmittel unbegründet. In den Gründen wird dann ausgeführt, daß der Bfin ein Recht, in dem sie beeinträchtigt sein könnte, "und demgemäß ein Beschwerderecht" nicht zustehe, weil es an einer Hofzusage an sie fehle; die Bs sei daher unbegründet[20]. Sieht man aber näher hin, so besteht das Recht nach Ansicht des OLG nicht etwa deshalb nicht, weil sich die von der Bfin behaupteten Tatsachen als unwahr erwiesen hätten, sondern weil in dem (unstreitigen) Sachvortrag aus Rechtsgründen keine Hofzusage zu erblikken sei, d.h. aber, weil der Vortrag unschlüssig ist. Nach dem Leitsatz hätte das zur Unzulässigkeit der Bs führen müssen. Im übrigen ist das OLG abweichend vom BGH der zweifellos irrigen Ansicht, daß mit einem etwa "schlüssig" dargelegten Recht nicht etwa die Bsbefugnis, sondern nur die Zulässigkeit der Bs gegeben sei, während die der Begründetheit zugeordnete Bsbefugnis erst vorhanden sei, wenn das Recht wirklich bestehe.

2. Gegen die reine Schlüssigkeitstheorie muß entgegen der Ansicht von Lüke[21], Kamm[22] und Deubner[23] eingewendet werden, daß sie mit dem Grundsatz der Amtsermittlung (§ 12 FGG) unvereinbar ist. Da dieser Grundsatz auch bei der Zulässigkeitsprüfung gilt[24], dürfte sich das Gericht nicht mit der rechtlichen Würdigung der vom Bf behaupteten Tatsachen begnügen, sondern es müßte auch von Amts wegen ermittelte Tatsachen in seine Würdigung miteinbeziehen. Für eine Schlüssigkeitsprüfung ist nur dort Raum, wo die Verhandlungsmaxime gilt, wie Bettermann bereits überzeugend nachgewiesen hat[25]. Im übrigen braucht der Bf, worauf Furtner[26]

---

20 aaO S. 660-662.
21 Lüke, AöR 84, 193 f.
22 Kamm, Beschwerdebefugnis S. 136 f..
23 Deubner, JuS 1961, 131.
24 Schlegelberger, § 25 Rdnr 2. A.M. Kamm, Beschwerdebefugnis S. 137 ohne überzeugende Begründung.
25 Bettermann, Klagebefugnis S. 465 f. mit eingehender Begründung.
26 Furtner, DNotZ 1966, 11.

mit Recht hinweist, die Bs nicht zu begründen. Eine nicht begründete Bs müßte aber nach der Schlüssigkeitslehre stets als unzulässig verworfen werden.

3. Gegen die reine Schlüssigkeitslehre spricht ferner, daß der Weg zu der Streitfrage, die dem Beschwerdegericht unterbreitet werden soll, unter Umständen mit schwierigen materiellen Rechtsfragen verbarrikadiert wird[27], ein Einwand, der übrigens gleichermaßen die Lehre vom wirklich bestehenden Recht als Zulässigkeitsvoraussetzung trifft. Hier ein Beispiel:

> Ein polnischer Erblasser hat in Deutschland ein Bankguthaben hinterlassen. Durch ein nachweislich in Deutschland errichtetes eigenhändiges Testament hat er seine Ehefrau zur alleinigen Erbin eingesetzt. Das Nachlaßgericht hat der Witwe einen auf das inländische Vermögen beschränkten Erbschein nach polnischem Recht (§ 2369 BGB, Art. 25 EGBGB) erteilt.
>
> Hiergegen legt ein angeblicher Adoptivsohn des Erblassers Bs mit dem Ziel der Einziehung des Erbscheins ein. Er hält das Testament für nichtig, weil Ort und Datum der Errichtung nicht darin angegeben seien. Der Bf nimmt ein gesetzliches Erbrecht in Anspruch und behauptet, der Erblasser habe 1916, als er noch österreichischer Staatsangehöriger gewesen sei, durch einen in der Schweiz geschlossenen notariellen Vertrag ihn, den Bf, an Kindes Statt angenommen.

Unterstellt man die E des AG: die Witwe ist Alleinerbin - als unrichtig, so ist der Bf nur dann in einem schlüssig dargelegten Recht verletzt, wenn ihm nach seinem Tatsa-

---

27 Kamm, Beschwerdebefugnis S. 138 erkennt selbst diese Konsequenz, hält sie aber für unvermeidbar. Eine sehr praxisfremde Ansicht!

chenvortrag ein gesetzliches Erbrecht zusteht. Das träfe aber nur zu, wenn a) Adoptivkinder nach polnischem Recht erben und b) nach dem maßgeblichen Adoptionsstatut eine wirksame Kindesannahme vorliegt. Infrage käme hier polnisches, österreichisches oder schweizerisches Recht. Da das Gericht diese Fragen aus eigener Sachkunde nicht beantworten kann, muß es ein Rechtsgutachten einholen. Dessen Erstattung dauert 4 Monate und kostet 400 DM. Anhand des Gutachtens kommt das Gericht zu dem Ergebnis, daß der Adoptivsohn gesetzlicher Erbe wäre, daß er also ein Recht schlüssig behauptet hat und daß seine Bs zulässig ist. Und dann könnte es kurz sagen: "Die Bs ist aber unbegründet, weil das Testament gültig ist. Nach dem für die Testamentsform auch maßgeblichen deutschen Recht als dem Recht des Errichtungsortes (Art. 11 I 2 EG BGB) ist die Angabe von Ort und Zeit der Errichtung nicht zwingend vorgeschrieben (§2247 II BGB)."

Wieder könnten die Beteiligten dem Gericht vorwerfen, daß es zu dieser Feststellung auch ohne derartigen Zeit- und Kostenaufwand hätte kommen können. Solche Ergebnisse sind unbefriedigend und widerlegen die ihnen zugrunde liegenden Lehren.

Fälle der zuletzt erwähnten Art sind nicht nur theoretisch. Beispielsweise richtete sich die Erbfolge im oben erwähnten 1. Kommorientenfall[28] nach polnischem (österreichischem) Recht, so daß sich das KG nach der Schlüssigkeitstheorie hätte fragen müssen, ob ein Vetter nach dem ABGB zur Erbfolge berufen ist, und das KG hat diese Frage in der Tat schon bei der Zulässigkeit behandelt.

4. Gegen die reine Schlüssigkeitstheorie läßt sich weiter einwenden, daß unter Umständen die gesamte materielle Rechtslage bereits bei der Zulässigkeit erörtert werden muß[29].

---

28 Vgl. oben IV 3 a (S. 47 ff.).
29 Gegen diese Vorwegnahme der Sachentscheidung daher insoweit zutreffend BGH MDR 1963, 39, vgl. oben 1 b (S. 57).

Das wurde bereits anhand des Erbhoffalls gezeigt[30]. Die erste Bs der Töchter wäre nach der Schlüssigkeitstheorie nur zulässig gewesen, wenn nach dem Tatsachenvortrag der Töchter Erbhofrecht nicht mehr anwendbar war[31]. Das war aber gerade die für die objektive Rechtmäßigkeit der angefochtenen E maßgebende Rechtsfrage. Ebenso läge es in all den zahlreichen Fällen, in denen der Bf die tatsächlichen Feststellungen des AG nicht angreift, sondern der Meinung ist, das AG habe aus falschen rechtlichen Erwägungen sein Erbrecht in dem Erbschein nicht berücksichtigt. Da der Erbschein theoretisch stets auch aus anderen Gründen, die nicht zu einem Erbrecht des Bf führen, unrichtig sein könnte, ergibt sich allein aus der Behauptung der objektiven Rechtswidrigkeit der angefochtenen E noch nicht schlüssig ein Recht des Bf. Das ist vielmehr erst dann der Fall, wenn das Gericht die strittige materielle Rechtsfrage zugunsten des Bf entscheidet. Zulässigkeit und Begründetheit würden damit zusammenfallen[32].

In anderen Fällen führt die Schlüssigkeitstheorie dazu, daß die in der angefochtenen E behandelten sachlichen Rechtsfragen auf unnatürliche Weise in einen bei der Zulässigkeit und einen bei der Begründetheit zu erörternden Teil auseinandergerissen werden müßten. Hier zwei äußerst lehrreiche Beispiele:

Hundeasylfall[33]

Die ledige Erblasserin hatte in einem 1. Testament ihre Kusine zur alleinigen Erbin eingesetzt und

30 Vgl. oben IV 4 b (S. 53 f.).
31 Die Töchter hatten keinerlei Tatsachen dafür vorgetragen, daß der Nachlaß noch nicht i.S. des Art. XII Abs.2 des KRG Nr. 45 "geregelt" gewesen sei, sondern hatten nur Rechtsausführungen gemacht. Das LG hätte daher ihre Bs nach der Schlüssigkeitstheorie von seinem materiellrechtlichen Standpunkt aus als unzulässig verwerfen müssen.
32 Ein Beispiel ist der unten VI 4 a (S. 90 ff.) erörterte "2. Kommorientenfall".
33 Fall KG JR 1953, 422 f..

ihren Bruder, mit dem sie zerstritten war, ausdrücklich enterbt. In einem 2. und einem 3. Testament hob sie alle früheren Verfügungen auf, ernannte einen Testamentsvollstrecker und bestimmte, ihr Besitz sei zu versilbern und der Erlös sei je zur Hälfte einem Altersheim und einem Hundeasyl in Z. auszuschütten.

Das AG erteilte der Kusine einen Erbschein, weil es das 2. und das 3. Testament für nichtig hielt, und zwar wegen Unbestimmtheit der Erben und Verstoßes gegen § 2065 II BGB. Auf Anregung des Bruders der Erblasserin zog es diesen Erbschein später ein. Zwar seien die Erbeinsetzungen in dem 2. und dem 3. Testament nichtig. Wegen § 2085 BGB bleibe aber der in dem 2. Testament enthaltene ausdrückliche Widerruf des 1. Testaments von dieser Nichtigkeit unberührt.

Auf Bs der Kusine hob das LG den Einziehungsbeschluß des AG auf und wies dieses an, der Kusine erneut einen Erbschein zu erteilen. Es hielt die Erbeinsetzungen in dem 2. und in dem 3. Testament zwar ebenfalls für nichtig (wenn auch aus ganz anderen Gründen), maß der Widerrufsklausel des 2. Testaments aber keine selbständige Bedeutung bei, so daß auch sie nach Ansicht des LG nichtig, folglich das 1. Testament in Kraft war.

Hiergegen legte der Bruder weitere Bs ein, mit der er geltend machte, er sei Erbe.

Unterstellt man den Tenor der landgerichtlichen E als unrichtig, so erhält man den Satz: die Kusine ist nicht Erbin. Damit ist jedoch noch kein Recht des Bruders schlüssig dargelegt. Vielmehr hätten dann - nach dem unstreitigen Sachverhalt - Erben sein können a) die Rechtsträger eines

Altersheims und eines Hundeasyls in Z. zu je 1/2 oder b) der Bruder oder c) die nach dem Bruder berufenen gesetzlichen Erben. Wollte man der hier bekämpften Schlüssigkeitslehre folgen, so hätte das KG im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung zunächst die Möglichkeiten a) und c) ausschließen müssen.

Das KG vertrat folgende Ansicht: Die Erbeinsetzungen zugunsten eines Altersheims und eines Hundeasyls in Z. seien zwar nicht aus dem vom LG angenommenen Grunde, aber wegen Verstoßes gegen § 2065 II BGB nichtig. Ob diese Nichtigkeit dazu führe, daß auch der in dem 2. Testament enthaltene Widerruf des 1. Testaments unwirksam sei, könne dahinstehen. Denn: sei der Widerruf nichtig, so bestehe die Erbeinsetzung der Kusine fort, so daß der Bf von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen und die angefochtene Verfügung rechtmäßig sei. Sei der Widerruf aber wirksam geblieben, so sei das 1. Testament nach dem Willen der Erblasserin (§ 133 BGB) doch jedenfalls insoweit nicht widerrufen, als es die Enterbung des Bruders ausgesprochen habe; denn die Erblasserin habe ihren Bruder auch in den späteren Testamenten nicht bedacht und sogar ein Hundeasyl eingesetzt. Somit sei der Bruder keinesfalls Erbe.

Nach der hier bekämpften Lehre hätte das KG aus diesen umfangreichen materiellrechtlichen Erwägungen den Schluß ziehen müssen, daß die weitere Bs des Bruders unzulässig sei. Es hat aber die weitere Bs - (nur) im Ergebnis zutreffend - als unbegründet zurückgewiesen[34].

Wäre das KG dagegen bei der im Rahmen der Zulässigkeit anzustellenden Schlüssigkeitsprüfung zu dem Ergebnis gelangt, daß die Erbeinsetzung des Altersheims und des Hundeasyls nichtig sei, daß aber bei trotzdem angenommener Gültigkeit der Widerrufsklausel des 2. Testaments auch die in dem 1. Testament enthaltene Enterbung des Bruders widerrufen gewesen wäre, so hätte der Bruder ein Erbrecht

---

34 Vgl. dazu unten VI 3 c (S. 86 f.).

schlüssig dargelegt, und seine weitere Bs wäre zulässig gewesen. Bei der Begründetheit hätte das KG dann nur noch zu prüfen brauchen, ob der in dem 2. Testament enthaltene Widerruf des 1. Testaments wirksam war.

b) Apothekenfall[35]

Der Erblasser, ein Apotheker, hatte mit seiner ersten Ehefrau ein gemeinschaftliches Testament errichtet, in dem sich die Ehegatten gegenseitig zu Erben und die beiden gemeinschaftlichen Töchter zu Erben des überlebenden Teils eingesetzt hatten. Die erste Ehefrau starb 1954. Im Jahre 1956 heiratete der Erblasser zum zweitenmal. 1960 focht er seine letztwillige Verfügung durch eine von dem Notar A beurkundete Erklärung wegen Übergehung seiner pflichtteilsberechtigten zweiten Ehefrau an (§ 2079 BGB). Die Anfechtung war unwirksam, weil sie nicht innerhalb eines Jahres nach der Eheschließung erklärt worden war (§ 2283 entsprechend i.V.m. § 2082 BGB)[36]. Der Erblasser glaubte jedoch, er dürfe noch anfechten.

1961 errichtete der Erblasser vor dem Notar B ein Testament. Darin erklärte er vorweg, er halte sich infolge der Anfechtung in seiner Testierfreiheit nicht für beschränkt. Er setzte die Töchter und die zweite Ehefrau als Erben zu je 1/3 ein und traf noch eine weitere, den Töchtern günstige Verfügung.

Zwei Wochen später schloß der Erblasser auf Anraten des Notars B, der hinsichtlich der Wirksamkeit dieses Testaments Bedenken hatte, mit seinen Töchtern einen notariellen Vertrag, in dem u.a. die Töchter auf alle Rechte aus dem gemeinschaftlichen Testament verzichteten (§ 2352 BGB). Die Töchter

---

35 KG, Beschluß vom 27.4.1964 - 1 W 122.64 -, n.v..
36 Vgl. RGZ 132, 1 ff..

erklärten, sie hätten von dem Wortlaut des kürzlich errichteten Testaments Kenntnis und seien damit einverstanden.

Jede der beiden Töchter hat ein Kind.

Nach dem Tode des Erblassers beantragten die Töchter aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments einen Erbschein des Inhalts, daß sie Erben zu je 1/2 seien. Sie machten geltend, der Erbverzichtsvertrag sei wegen eines beiderseitigen Motivirrtums nichtig, weil sowohl der Erblasser als auch sie selbst irrig davon ausgegangen seien, daß das gemeinschaftliche Testament bereits infolge der Anfechtung hinfällig geworden sei (im folgenden "Nichtigkeitsgrund 1").

Das AG wies den Antrag zurück. Es hielt den Erbverzichtsvertrag für wirksam. Den Nichtigkeitsgrund 1 verneinte es. Das AG erwog und verneinte auch folgenden Nichtigkeitsgrund 2:

Wäre Folge des an sich wirksamen Verzichts der Töchter eine Ersatzberufung von deren Abkömmlingen nach § 2069 BGB, so wäre die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments (§ 2271 II BGB) nicht beseitigt worden und das zweite Testament nicht wirksam geworden. Dann wäre aber das von den Parteien gemeinschaftlich verfolgte und zur Geschäftsgrundlage erhobene Ziel nicht erreicht worden und der Erbverzicht aus diesem Grunde doch unwirksam. Das AG hielt § 2069 BGB jedoch nicht für anwendbar, weil die Töchter für ihren Verzicht aus näher dargelegten Gründen wirtschaftlich vollständig abgefunden worden seien[37].

Gegen diese E legten die Töchter Bs ein. Das LG hob den Beschluß des AG auf und wies dieses an,

37 Unter Berufung auf KG JFG 20, 160 (163).

den beantragten Erbschein (Töchter Erben zu je 1/2) zu erteilen. Es hielt den Erbverzichtsvertrag für nichtig. Das Vorliegen des Nichtigkeitsgrundes 1 ließ das LG dahingestellt. Dagegen bejahte es einen Nichtigkeitsgrund 3. Der Erbverzichtsvertrag sei nämlich mit einer nach § 2302 BGB unzulässigen und daher unwirksamen Verpflichtung des Erblassers, das einseitige Testament nicht zu widerrufen, gekoppelt gewesen; das führe nach § 139 BGB zur Nichtigkeit des ganzen Vertrages. Daneben war aber nach Ansicht des LG auch der Nichtigkeitsgrund 2 gegeben. § 2069 BGB sei anwendbar, weil die Töchter nicht vollständig wirtschaftlich abgefunden worden seien. Die Abkömmlinge der Töchter wären daher bei Gültigkeit des Erbverzichtsvertrages Erben geworden, das zweite Testament hätte doch keine Wirksamkeit erlangt. Wegen Nichterreichens des Vertragszwecks sei der Erbverzicht auch aus diesem zweiten Grunde nichtig.

Hiergegen legte die Witwe weitere Bs ein. Das KG erachtete die Bs "nach den §§ 27, 29 I FGG" für zulässig. Materiellrechtlich hielt es den Erbverzichtsvertrag für wirksam. Zunächst verneinte es den Nichtigkeitsgrund 2. Zwar sei die tatsächliche Feststellung des LG, daß keine vollständige Abfindung der Töchter vorliege, rechtlich nicht angreifbar, und es trete als Folge eines einstweilen als wirksam unterstellten Erbverzichts der Töchter Ersatzberufung der Enkelkinder nach § 2069 BGB ein. Das zweite Testament sei daher wegen § 2271 II BGB auf jeden Fall unwirksam. Das führe aber nicht zur Nichtigkeit des Erbverzichtsvertrages, weil das Wirksamwerden des zweiten Testaments zwar Motiv, aber nicht Geschäftsgrundlage des Erbverzichtsvertrages gewesen sei (eine Ansicht, die nicht überzeugt und im anschließenden Erbrechtsfeststellungs-

prozeß von einem anderen Senat des KG[38] auch nicht geteilt wurde). Sodann verneinte das KG auch die Nichtigkeitsgründe 1 und 3. Erben seien also die Enkelkinder geworden.

Das KG hat die weitere Bs "nach den §§ 27, 29 I FGG" für zulässig erachtet. Die Bsberechtigung ist aber aus § 29 IV i.V.m. § 20 I FGG abzuleiten. Diese Vorschriften hat das KG überhaupt nicht erwähnt und die Bsberechtigung nicht erörtert - mit schlimmen Folgen, wie sich später zeigen wird[39].

Die E des LG lautete: die Töchter sind Erben zu je 1/2. Anhand der Unterstellungsformel erhält man den umgekehrten Satz: die Töchter sind nicht Erben zu je 1/2. Damit ist aber ein Recht der Witwe noch nicht schlüssig dargelegt. Denn Erben sind dann entweder die Enkel zu je 1/2 oder die Töchter und die Witwe zu je 1/3. Die letzte Annahme ist nur gerechtfertigt, wenn keine Ersatzberufung der Enkelkinder eintritt und daher die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments beseitigt ist[40], etwa weil a) entweder der Erbverzicht überhaupt keinen "Wegfall" i.S. des § 2069 BGB darstellt oder b) ein der Ersatzberufung der Enkelkinder entgegenstehender Wille des Erblassers und seiner ersten Ehefrau anzunehmen war oder c) der Verzicht der Töchter sich auf ihre Abkömmlinge erstreckte oder d) § 2069 BGB im Falle einer vollständigen Abfindung des Verzichtenden nicht anzuwenden ist und die Töchter vollständig abgefunden waren. Insoweit hätte das KG nach der hier bekämpften Schlüssigkeitslehre[41] bereits bei der Zulässigkeitsprüfung auf die in der angefochtenen E erörterten materiellen Rechtsfragen eingehen müssen. Dabei wäre das Pro-

---

38 KG, Urteil vom 20.1.1966 - 12 U 1472.65 -, n.v..
39 Vgl. unten VI 3 b aa (S. 83 f.).
40 Zum Wegfall der Bindungswirkung eines wechselbezüglichen Testaments vgl. RGZ 130, 213 (214); 149, 200 (201).
41 Und erst recht nach der Lehre Jansens vom wirklich vorhandenen Recht. Die E des KG ist unter dem Vorsitz von Jansen ergangen.

blem aufgetaucht, ob bei dieser begrenzten Schlüssigkeitsprüfung nur die Feststellungen des LG oder auch tatsächliche Behauptungen der Rechtsbeschwerdeführerin zu berücksichtigen gewesen wären, eine sehr schwierige Frage, die erst in anderem Zusammenhang behandelt werden kann[42]. Da das KG aufgrund der rechtlichen Würdigung der vom LG festgestellten und nach seiner Ansicht allein zu berücksichtigenden Tatsachen zu dem Ergebnis kam, daß § 2069 BGB angewendet werden mußte, daß folglich bei behaupteter und unterstellter Unrichtigkeit der angefochtenen E die Enkelkinder Erben waren, hätte es die weitere Bs der Witwe als unzulässig verwerfen müssen. Denn es ergab sich nicht schlüssig ein Erbrecht der Witwe, in dem sie verletzt sein konnte, wenn die angefochtene E unrichtig war.

Wäre das KG bei der Schlüssigkeitsprüfung dagegen zu dem Ergebnis gekommen, daß keine Ersatzberufung der Enkelkinder eingetreten wäre, so wäre die weitere Bs zulässig gewesen; denn die Witwe wäre bei unterstellter Unrichtigkeit der E dann Miterbin gewesen. Jetzt erst hätte das KG bei der Begründetheit die logisch vorangehende Frage prüfen dürfen, ob der Erbverzicht der Töchter aus den Gründen 1 oder 3 nichtig war (der Grund 2 wäre ja entfallen). Diese unnatürliche Aufspaltung der sachlich-rechtlichen Erörterungen in einen zur Zulässigkeit und einen zur Begründetheit gehörenden Teil wäre jedenfalls dann unbefriedigend gewesen, wenn sich die Nichtigkeitsgründe 1 oder 3 leicht hätten bejahen lassen, während die Frage der Ersatzberufung der Enkelkinder, die dann gegenstandslos gewesen wäre, schwierige Probleme aufwarf.

Das KG hat aber - auch in diesem Punkt unbewußt der hier vertretenen Ansicht folgend - die weitere Bs mit Recht ohne weiteres für zulässig erachtet[43]. Denn die Witwe hatte

---

42 Vgl. unten VI 3 b bb und cc (S. 84 ff.).

43 Der BGH hätte die weitere Bs der Witwe - ebenso wie die weitere Bs des Bruders im Hundeasylfall - vermutlich mit der Begründung für zulässig erklärt, die Rechtsansicht der Bf sei "vertretbar".

die bloße Rechtsbehauptung aufgestellt, sie sei Miterbin, und diese Behauptung genügte. Läßt man es für die Zulässigkeit bei der reinen Rechtsbehauptung bewenden, so braucht man auf die materiellen Rechtsfragen nicht einzugehen. Diese werden sämtlich dort erörtert, wo sie hingehören, nämlich bei der Begründetheit.

5. Will man die hier aufgezeigten Konsequenzen der Schlüssigkeitstheorie vermeiden, so muß man die Unterstellungsformel modifizieren. Man muß nämlich nicht nur das Ergebnis, sondern auch die Begründung der angefochtenen E ganz oder teilweise als unrichtig unterstellen.

a) Im Erbhoffall[44] lautete die E des AG bezüglich der abgelehnten Einziehung des Hoffolgezeugnisses: der Sohn ist Anerbe. Die E beruhte auf zwei Begründungselementen: 1. Erbhofrecht ist noch anwendbar, weil der Erbfall 1947 schon geregelt war, und 2. der Hof war kein Ehegattenerbhof. Nur von beiden Elementen zusammen wurde die E getragen.

Wendet man jetzt die modifizierte Unterstellungsformel an, so erhält man den Satz: der Sohn ist nicht Anerbe, denn 1. Erbhofrecht ist nicht mehr anwendbar, weil der Erbfall 1947 noch nicht geregelt war, oder / und 2. der Hof war ein Ehegattenerbhof. Greift man sich nun das erste Begründungselement heraus, so sind die Töchter allerdings durch die im Ergebnis ganz und in der Begründung jedenfalls teilweise - unterstelltermaßen - unrichtige E (nämlich die abgelehnte Einziehung des Hoffolgezeugnisses) in ihren Rechten verletzt. Dann ist ihre erste Bs zulässig, und zwar soweit sie geltend machen, Erbhofrecht sei mangels "Regelung" nicht mehr anwendbar, ohne daß geprüft werden müßte, ob Erbhofrecht wirklich nicht mehr anwendbar ist. Dagegen wäre die Bs dann unzulässig, soweit die Beschwerdeführerinnen geltend machen, der Hof sei ein Ehegattenerbhof gewesen. Die-

---

44 Vgl. oben IV 3 b (S.49) und 4 b (S. 53 f.).

ser Ansicht ist wohl das KG gewesen[45].

b) Die Schlüssigkeitstheorie ist aber auch bei Zugrundelegung der modifizierten Unterstellungsformel abzulehnen.

aa) Sie müßte bei konsequenter Anwendung einmal dazu führen, daß man es für die Zulässigkeit der Bs bei der reinen Rechtsbehauptung bewenden läßt. Denn wenn das Gericht Ansichten als unrichtig unterstellt, dann heißt das nichts weiter, als daß es die bloße Behauptung einzelner rechtlicher Elemente gelten läßt. Ergeben diese Elemente für sich allein ein Recht des Bf, so hat man sich bereits mit der bloßen Behauptung des angeblich verletzten Rechts begnügt. Müssen aber zu den aus der Unterstellung resultierenden Elementen noch andere hinzutreten, damit sich ein Recht des Bf ergebe, so ist es nicht folgerichtig, wenn man bezüglich dieser weiteren Elemente wieder die Schlüssigkeit fordert und sich nicht auch insoweit mit der bloßen Behauptung begnügt.

bb) Zweitens gibt es drei Fälle, in denen die modifizierte Unterstellungsformel versagt:

a') Die angefochtene Verfügung ist überhaupt nicht begründet. Eine Begründung ist nicht zwingend vorgeschrieben und wird häufig fehlen, wo das AG einem Antrag entsprochen hat, wo es z.B. einen Erbschein erteilt hat.

b') Die angefochtene E ist zwar begründet, enthält aber keine endgültige Stellungnahme zu der entscheidenden materiellen Rechtsfrage. Das ist dort der Fall, wo das LG eine Sache an das AG zurückverweist. Bei-

---

45 Eine ähnliche modifizierte Schlüssigkeitsprüfung hat das KG im 1. Kommorientenfall vorgenommen, wo es auch einzelne Begründungselemente als unrichtig unterstellt hat (vgl. unten VI 3 d (S. 87 ff.)).

spielsweise hatte das LG im Erbhoffall zurückverwiesen mit der Begründung, es stehe noch nicht fest, ob Erbhofrecht oder BGB anwendbar sei. Unterstellt man diese Begründung mit als unrichtig, so erhält man nur den Satz: es steht fest, ob Erhofrecht oder BGB anwendbar ist. Der Sohn und Rechtsbf hätte also selbst dann noch nicht ein Anerbenrecht "schlüssig" dargelegt, wenn er behauptet hätte, der Erblasser sei Alleineigentümer des Hofes gewesen; es fehlte in der Schlüssigkeitskette immer noch die endgültige Feststellung, daß Erbhofrecht anwendbar sei.

c') Die angefochtene E läßt sich kumulativ mit mehreren Argumenten begründen, von denen jedes die E allein trägt; sie wird aber nur mit einem dieser Argumente begründet. Auch hier würde die modifizierte Unterstellungsformel u.U. versagen, wie der Apothekenfall[46] zeigen wird.

Die E des LG lautete: Die Töchter sind Erben zu je 1/2. Begründung: Ihr Erbverzicht ist nichtig. Denn

1. er ist mit einer negativen Testierverpflichtung des Erblassers gekoppelt (Nichtigkeitsgrund 3), und/oder
2. a) wenn er an sich wirksam wäre, träte Ersatzberufung der Abkömmlinge ein, und
   b) dieser Umstand würde doch zur Nichtigkeit des Erbverzichts führen (Nichtigkeitsgrund 2).

Behauptet und unterstellt man die Unrichtigkeit dieser E und ihrer Begründung, so erhält man den Satz: Die Töchter sind nicht Erben zu je 1/2. Begründung: Ihr Erbverzicht ist wirksam. Denn

1. er ist nicht mit einer negativen Testierver-

46 Vgl. oben 4 b (S. 65 ff.).

pflichtung gekoppelt,
und

2. a) es tritt keine Ersatzberufung der Abkömmlinge ein,
oder
b) die Abkömmlinge sind zwar als Ersatzerben berufen; dieser Umstand führt aber nicht zur Unwirksamkeit des Erbverzichtsvertrages.

Bei dieser Unterstellung hätte die Witwe allerdings ein Recht "schlüssig" behauptet, und zwar nur, soweit sie das Vorliegen der Elemente 1 in Verbindung mit 2 a) geltend gemacht hätte.

Wie nun aber, wenn das LG seine E nur auf den Nichtigkeitsgrund 3 gestützt hätte? Das hätte es tun können, weil dieser Grund die E allein trug. Dann würde auch die modifizierte Unterstellungsformel versagen. Denn selbst wenn man in diesem Fall die Begründung mit als unrichtig unterstellt, so kommt man ohne ein Eingehen auf die materielle Rechtslage noch nicht zu dem Schluß, daß der Witwe ein Erbrecht zustehe. Es fehlt dann in der Schlüssigkeitskette ein Zwischenglied, nämlich die Feststellung, daß keine Ersatzberufung der Enkelkinder eintritt. Denn da sich das LG mit dieser Frage (Nichtigkeitsgrund 2) bei dieser Variante nicht befaßt hat, kann eine Begründung insoweit auch nicht als unrichtig unterstellt werden.

Daran zeigt sich aber, daß die ganze Schlüssigkeitstheorie verfehlt ist. Sie führt bei Anwendung der modifizierten Unterstellungsformel zu dem eigenartigen Ergebnis, daß in ein und demselben Fall die im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung auftauchende Frage, ob der Bf ein Recht "schlüssig" dargelegt hat, ein mehr oder weniger weites Eingehen auf die materiellen Rechtsfragen erforderlich machen kann, je nachdem, wie die Vorinstanz ihre E begründet hat. Die Zu-

lässigkeitsprüfung darf aber nicht von der Begründung der angefochtenen E abhängen, sondern allein von ihrem Ergebnis. Bei Anwendung der einfachen Unterstellungsformel führt die reine Schlüssigkeitstheorie dazu, daß die materiellen Rechtsfragen häufig auf unnatürliche Weise in einen bei der Zulässigkeit und einen bei der Begründetheit zu erörternden Teil zerrissen werden oder daß sie schon vollständig bei der Zulässigkeit behandelt werden müssen.

Kapitel VI

Die reine Rechtsverletzungsbehauptung als Zulässigkeitsvoraussetzung und der Beschwerdegegenstand

1. a) Nach alledem braucht das Recht, das durch die angefochtene E verletzt sein soll, weder wirklich zu bestehen noch schlüssig dargelegt zu sein, damit die Bs zulässig sei. Vielmehr genügt, wie bereits mehrfach angedeutet, die bloße Behauptung des Bf, daß ihm ein Recht zustehe[1]. Es liegt nicht anders als bei der objektiven Unrichtigkeit der Verfügung, die für die Zulässigkeit ebenfalls nur behauptet zu werden braucht[2]. Läßt man dann auch bezüglich

---

1 Vgl. folgende Entscheidungen, in denen im Zusammenhang mit der Bsbefugnis zutreffend von behaupteten Rechten bzw. behaupteten Rechtsverletzungen oder Rechtsbeeinträchtigungen die Rede ist:
KGJ 45 A 38 (40); KG OLGE 12, 199 a.E.; KG JFG 23, 119 (121); BayObLG JFG 7, 149 (150) (Deubner, JuS 1961, 130 Note 26 beruft sich zur Stützung der Schlüssigkeitstheorie auf diese E. Das BayObLG fordert aber keineswegs, daß der Bf Tatsachen vortrage, bei deren Vorliegen er in seinen Rechten verletzt wäre. Vielmehr begnügt es sich - aaO letzter Absatz - mit der bloßen Rechtsbehauptung); BayObLGZ 1958, 225 (228); 1960, 254 (256: "... das von ihm beanspruchte Recht als gesetzlicher Erbe beeinträchtigte ...."); OLG München JFG 14, 68 (69); 23, 154 (155); OLG Oldenburg, Rpfl 1965, 305 (306).
Auch in RG RJA 16, 200 (204f.) heißt es - in sich richtig -, für die Bsbefugnis genüge die behauptete Beeinträchtigung eines Rechts. Allerdings versteht das RG unter Rechtsbeeinträchtigung offenbar die Rechtsverletzung; denn es bejaht dort ein "Recht auf ordnungsmäßige Sachbehandlung", das "beeinträchtigt" sei, wenn die in concreto angefochtene Verfügung gegen bestimmte gesetzliche Bestimmungen verstoße. Das "Recht" als das eine Element der Rechtsbeeinträchtigung i.S. von Rechtsverletzung lag also nach Ansicht des RG dort wirklich vor, und nur das andere Element, nämlich die objektive Rechtswidrigkeit der Verfügung, war nur behauptet. Daher ist nicht sicher, ob das RG auch bezüglich des Rechts die bloße Behauptung hätte genügen lassen, wenn dieses nicht zufällig wirklich bestanden hätte.
Vgl. ferner RG JW 1902, 101 (102).

2 Vgl. oben II 3 b (S. 26 f.).

des bisher nicht erörterten letzten Elementes des § 20 I, das die Verfügung mit dem Recht verknüpft, nämlich bezüglich des Eingriffs, die bloße Rechtsbehauptung genügen, so erhält man die Behauptung des unrichtigen (meist: rechtswidrigen) Eingriffs in das Recht: die Rechtsverletzungsbehauptung[3]! Diese ergibt die Beschwerdebefugnis und macht zusammen mit der wirklich vorliegenden Verfügung die Bs zulässig.

Manche Autoren, z.B. Lent-Habscheid, vertreten allerdings die Ansicht, daß der wertneutrale Eingriff (die Beeinträchtigung i.S. der hier verwendeten Terminologie) für die Bsbefugnis wirklich vorliegen müsse[4]. Diese Ansicht ist aber nur haltbar, wenn man - wie Lent-Habscheid das offenbar tun - für die Zulässigkeit ein wirklich vorhandenes Recht fordert. Denn nur in ein solches kann eine Verfügung wirklich eingreifen. Ein "wirklicher Eingriff in ein nur behauptetes Recht" ist ein Widerspruch in sich. Was wirklich vorhanden sein muß, ist - wie sich später zeigen wird[5] - die abstrakte Eignung der Verfügung, in das Recht einzugreifen. Dagegen braucht der hiervon zu unterscheidende konkrete Eingriff ebenso wie das Recht nur behauptet zu werden, weil beide auf das engste zusammenhängen. Das mag folgendes Beispiel verdeutlichen:

> E hat in einem 1. Testament seine Ehefrau W zur Erbin seines gesamten Vermögens eingesezt, jedoch mit Ausnahme seines Grundstücks, das sein Sohn S erhalten soll. In einem 2. Testament hat er T zum Testamentsvollstrecker ernannt. Das Nachlaßgericht hat dem T ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt. Hiergegen legt W Bs mit dem Ziel der Einziehung des Zeugnisses ein. Sie macht geltend, das 2. Testament sei formnichtig.

---

3 Vgl. Note 1.
4 Lent-Habscheid, Lehrbuch S. 187.
5 Vgl. unten VII 2 a (S. 105 f.).

Die Bs der W ist zulässig. Denn das Testamentsvollstreckerzeugnis greift - rechtmäßig oder rechtswidrig - in ihr Erbrecht ein.

In diesem Fall besteht zufällig kein Streit darüber, daß W ein Erbrecht hat. Gleichwohl ist das wirkliche Vorhandensein des Erbrechts und damit des konkreten Eingriffs, der Beeinträchtigung, nicht Zulässigkeitsvoraussetzung. Wenn nämlich nicht W, sondern S die Bs einlegt und geltend macht, er sei Miterbe, so ist die Bs ebenfalls zulässig, selbst wenn das Gericht der Auffassung ist, die dem S gemachte Zuwendung sei nur ein Vermächtnis. Hier fehlt es an einem wirklichen konkreten Eingriff, weil S kein Erbrecht hat und weil das Testamentsvollstreckerzeugnis in einen Vermächtnisanspruch nicht einmal eingreifen kann. S hat aber einen Eingriff behauptet, nämlich in das behauptete Erbrecht. Lent-Habscheid müßten die Bs des S für unzulässig erachten[6].

b) Der soeben entwickelten Auffassung darf man nicht entgegenhalten, § 20 I FGG spreche davon, daß der Bf in einem Recht beeinträchtigt ist. Bekanntlich heißt es in Art. 19 IV GG ebenfalls, daß der Rechtsweg jedem offensteht, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird. Gleichwohl ist man sich darüber einig, daß der Kläger, wenn er den Rechtsweg beschreiten will, nur zu behaupten braucht, er habe ein Recht[7] und sei darin verletzt = rechtswidrig beeinträchtigt[8]. § 20 I ist auch nach hier verwendeter Terminologie ungenau und systemwidrig gefaßt.

2. a) Wenn man es für die Zulässigkeit der Bs bei der reinen Rechtsverletzungsbehauptung bewenden läßt, dann darf man nun nicht in den Fehler verfallen, sich bei der Begründet-

---

6 Auch nach der Schlüssigkeitstheorie wäre die Bs des S unzulässig.
7 Insoweit muß die Behauptung nach Ansicht vieler allerdings schlüssig sein.
8 Vgl. Bettermann, Klagebefugnis S. 462.

heit mit der Prüfung der objektiven Unrichtigkeit der angefochtenen Verfügung zu begnügen. § 20 I läßt keinen Zweifel daran, daß der Bf in einem wirklich bestehenden Recht beeinträchtigt sein muß, wenn seine Bs Erfolg haben soll. Wenn man also die Prüfung, ob der Bf wirklich ein Recht hat, das verletzt sein könnte, bei der Zulässigkeit unterläßt, so muß man sie beim Beschwerdegrund nachholen. Und gleiches gilt für den Eingriff.

Bei der Begründetheit ist also festzustellen, ob sich die bloße Rechtsverletzungsbehauptung des Bf in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung als zutreffend erweist. Das ist aber nur der Fall, wenn 1. dem Bf das behauptete Recht wirklich zusteht, 2. die Verfügung in das Recht des Bf wirklich eingreift und 3. die Verfügung wirklich objektiv unrichtig ist[9]. Eine bestimmte Reihenfolge für die Prüfung dieser drei Elemente ist aber nicht vorgeschrieben. Darin liegt der große praktische Vorteil dieser Lösung.

Anders formuliert: Verfahrensgegenstand (Beschwerdegegenstand) ist nicht die behauptete objektive Unrichtigkeit der angefochtenen Verfügung, sondern die vom Bf behauptete Rechtsverletzung, verursacht durch die Verfügung. Aufgabe des Beschwerdegerichts ist nicht Rechtskontrolle, sondern Rechts(mittel)schutz des Bf.

b) Nach dem unter 1 und 2 a Gesagten besteht in zwiefacher Hinsicht eine Parallele zur Verwaltungsgerichtsbarkeit:

aa) Die Bsberechtigung ist nicht, wie Jansen[10] und Furtner[11] meinen, wesentlich anders abzugrenzen als die Klagebefugnis, sondern sehr ähnlich[12], obwohl zwischen der Bs in der fr.G. und der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungs- und

---

9 Das dritte Merkmal kann im Verfahren der weiteren Bs nur aus rechtlichen Gründen bejaht werden.
10 Jansen, Ergänzungsband 1962, § 24 EG GVG Anm. 1.
11 Furtner, JZ 1961, 527; DNotZ 1966, 10.
12 Für diese Parallelität auch Lüke, AöR 84, 186 f., 196.

Verpflichtungsklage funktionelle Unterschiede bestehen[13]. Hier wie dort gehören zur Zulässigkeit die bloße Behauptung der objektiven Unrichtigkeit (meist: Rechtswidrigkeit) der angefochtenen Verfügung bzw. der objektiven Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts oder seiner Ablehnung oder Unterlassung sowie die bloße Behauptung eines Rechts und eines Eingriffs (einer Beeinträchtigung), kurz: die Rechtsverletzungsbehauptung[14].

bb) Und hier wie dort wird bei der Begründetheit dreierlei geprüft, nämlich die objektive Unrichtigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des angefochtenen Akts, das Vorhandensein eines Rechts des Bf bzw. Klägers und die Verletzung dieses Rechts durch den angegriffenen Akt. § 20 I FGG ist gewissermaßen zunächst mit dem Merkmal "objektive Unrichtigkeit" zu einer Einheit ("Rechtsverletzung") zu verschmelzen, und diese ist dann in zwei Vorschriften aufzuspalten, von denen die eine dem § 42 II VwGO entspricht und die Zulässigkeitsvoraussetzungen enthält, während die andere dem § 113 I 1 und IV 1 VwGO entspricht[15] und den Beschwerdegrund regelt. Es müßte also heißen:

---

13 Über diese Unterschiede vgl. Bettermann, Klagebefugnis S. 450 f.. Insbesondere ist die Anfechtungsklage kein Rechtsmittel.

14 Mit Recht läßt Bettermann aaO entgegen weitverbreiteter Ansicht in Schrifttum und Rechtsprechung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit die bloße, d.h. verbale Rechtsverletzungsbehauptung für die Zulässigkeit der Klage genügen (aaO S. 453, 454, 464, 470, 471, 472, 474). Allerdings arbeitet Bettermann außerdem noch mit dem Begriff der Beschwer, die wirklich vorhanden sein müsse (aaO S. 458 ff., 472 f.). Dieses Element "Beschwer" dürfte dem entsprechen, was hier (vgl. unten VII 2 a und 4 (S. 105,111 ff.)) als die "abstrakte Eignung der Verfügung, in das Recht einzugreifen", bezeichnet wird.

15 Darüber, daß § 42 II und § 113 I 1 und IV 1 VwGO einander nicht widersprechen, sondern daß sie korrespondieren, vgl. Bettermann, aaO S. 453 f..

§ 20 a Die Bs ist nur zulässig, wenn der Beschwerdeführer behauptet,
1. er habe ein Recht, in das die angefochtene Verfügung eingreife (das durch sie beeinträchtigt werde),
2. die angefochtene Verfügung sei unrichtig und verletze[16] ihn dadurch in diesem Recht.

§ 20 b Das Beschwerdegericht hebt die angefochtene Verfügung auf (und ersetzt sie erforderlichenfalls durch eine andere), wenn sie unrichtig ist und den Beschwerdeführer dadurch in dem von ihm behaupteten[17] und wirklich vorhandenen Recht verletzt[18].

§ 20 a würde dann die Bsbefugnis des Bf und zugleich den Beschwerdegegenstand regeln, § 20 b die Aufhebungs- (und Ersetzungs-)befugnis des Gerichts. Der jetzige § 20 I regelt sowohl die Beschwerde- als auch die Aufhebungsbefugnis, aber - nach hier verwendeter Terminologie - beide nicht vollständig: diese nicht, weil das Merkmal "wirkliche objektive Unrichtigkeit" in § 20 I nicht enthalten ist, jene nicht, weil das Merkmal "behauptete objektive Unrichtigkeit" fehlt.

3. Das über den Beschwerdegegenstand Gesagte hat das KG in zwei Entscheidungen verkannt.

a) Im Erbhoffall[19] war die weitere Bs des Sohnes zulässig, weil er die bloße Rechtsbehauptung aufgestellt hatte, er habe ein schon jetzt feststehendes Anerbenrecht und sei darin durch die zurückverweisende und weitere Ermittlungen

---

16 Wobei der Ausdruck Verletzung etwas zu eng ist, vgl. oben II 1 c a.E. (S. 25).
17 Zu diesem Merkmal vgl. unten IX 2 und 3 (S. 120-128).
18 Vgl. Note 16.
19 Vgl. oben IV 3 b (S. 49 ff.).

anordnende E des LG verletzt. Das KG hat - mit der Begründung, Erbhofrecht sei ohne Ermittlungen noch anwendbar - der weiteren Bs auch stattgegeben. Es hat den Beschluß des LG aufgehoben und die erste Bs der Töchter gegen den Beschluß des AG als unbegründet zurückgewiesen, ohne aufzuklären, ob der Hof etwa ein Ehegattenerbhof war. In der E finden sich die verräterischen Formulierungen[20]:

> "Die Frage, ob der Hof im Alleineigentum des Erblassers gestanden hat oder ob die Ehefrau als Miteigentümerin beteiligt war, ... berührt die Rechte der Beschwerdegegnerinnen[21] nicht. Denn das Miteigentum beider Eheleute am Hof hätte nicht den Verlust der Erbhofeigenschaft zur Folge, wie die Beschwerdegegnerinnen irrig meinen, sondern ... (hätte nur dazu geführt, daß die Witwe Anerbe geworden wäre). Durch das das Anerbenrecht des Beteiligten zu 1) (Sohnes) bezeugende Hoffolgezeugnis werden die Beschwerdegegnerinnen in ihrem Erbrecht nicht beeinträchtigt. Denn sie haben ... den Erblasser in jedem Fall nur hinsichtlich des erbhoffreien Vermögens beerbt."

Das KG stellt hier fest, daß die Beschwerdegegnerinnen, d.h. die Beschwerdeführerinnen im ersten Rechtsmittelzuge, durch die E des AG nicht in ihren Rechten verletzt sind, daß die aufhebende E des LG also objektiv rechtswidrig ist. Damit durfte es sich aber nicht begnügen. Vielmehr hatte es festzustellen, ob der Rechtsbeschwerdeführer durch die auf einer Gesetzesverletzung beruhende E des LG in seinen Rechten tatsächlich verletzt war, d.h. ob sich seine bloße Behauptung, er sei Anerbe, als begründet erwies. Das war aber nur der Fall, wenn der Hof kein Ehegattenerbhof war. Das KG mußte also, nachdem es zu dem Ergebnis gekommen war, daß Erbhofrecht noch galt, bezüglich der Miteigentumsfrage doch Ermittlungen anstellen. Das durfte es auch als Rechts-

---

20 KG RdL 1964, 152.
21 Hervorhebung hier und im folgenden vom Verfasser.

beschwerdegericht. Denn die Bindung an die tatsächlichen Feststellungen des LG bzw. die Notwendigkeit tatsächlicher Feststellungen durch das LG besteht nur, soweit die Tatsachen für die objektive (materielle) Rechtmäßigkeit der angefochtenen E des LG erheblich sind, nämlich nur soweit das LG entschieden hat und zu entscheiden hatte (§ 27 Satz 2 FGG i.V.m. §§ 550, 561 ZPO). Dagegen gilt die Bindung nicht bezüglich derjenigen Tatsachen, von denen lediglich die subjektive Rechtswidrigkeit der angefochtenen E abhängt, also die Frage, ob der mit dem Erstbeschwerdeführer nicht identische Zweitbeschwerdeführer durch die E des LG in seinen Rechten verletzt[22] ist[23]. Für diejenigen, die das wirkliche Vorhandensein eines Rechts i.S. des § 20 I zur Zulässigkeit der (weiteren) Bs rechnen, ergibt sich das schon daraus, daß es sich um eine Frage des Verfahrens des dritten Rechtszuges handelt, bezüglich dessen das Rechtsbeschwerdegericht auch tatsächliche Ermittlungen anzustellen hat[24]. Aber auch wenn man wie hier das wirkliche Vorhandensein eines Rechts erst zur Begründetheit zählt, muß das Rechtsbeschwerdegericht insoweit selbst ermitteln; denn insoweit brauchen Feststellungen des LG gar nicht vorzuliegen, weil das LG über diese Frage nicht zu entscheiden hatte. Im vorliegenden Fall z.B. brauchte das LG zur Miteigentumsfrage keine Feststellungen zu treffen, weil sie nach Ansicht des LG für die E unerheblich war und weil auch das KG sie für die objektive Rechtswidrigkeit der angefochtenen E für unerheblich hielt.

Wäre das KG also aufgrund seiner Ermittlungen zu dem Ergebnis gekommen, daß der Hof ein Ehegattenerbhof war, so hätte

---

22 Wobei der Ton auf "Rechten", nicht auf "verletzt" liegt.
23 Wohl aber gilt die Bindung bezüglich derjenigen Tatsachen, von denen es abhängt, ob der Erstbeschwerdeführer durch die E des AG in seinen Rechten verletzt ist, weil das eine Frage der materiellen objektiven Rechtswidrigkeit der angefochtenen E des LG ist. Vgl. auch oben III 2 d (S. 33).
24 Jansen, § 27 FGG (§ 561 ZPO Anm. 5).

es die weitere Bs des Sohnes als unbegründet zurückweisen müssen, weil sich dessen bloße Rechtsverletzungsbehauptung dann trotz objektiver Unrichtigkeit der E des LG als unbegründet erwies.

Hätte es umgekehrt festgestellt, daß der Erblasser Alleineigentümer des Hofes war, so hätte es - wie geschehen - die E des LG aufheben und die erste Bs der Töchter gegen die E des AG als unbegründet zurückweisen müssen.

b)aa) Den gleichen Fehler hat das KG im Apothekenfall[25] begangen. Dort war die weitere Bs aufgrund der bloßen Rechtsbehauptung der Witwe, sie sei Miterbin, zulässig. Da das KG jedoch zu dem Ergebnis kam, daß die Enkelkinder Erben seien, stand der Witwe von seinem materiell-rechtlichen Standpunkt aus kein Erbrecht zu, in dem sie durch die angefochtene E verletzt sein konnte. Das KG hätte daher die weitere Bs als unbegründet zurückweisen müssen. Statt dessen hat es die E des LG aufgenoben und die erste Bs der Töchter gegen den Beschluß des AG zurückgewiesen mit der Begründung, die E des AG, durch die der Erbscheinsantrag der Töchter abgelehnt worden war, erweise sich im Ergebnis als richtig, weil nicht die Töchter, sondern die Enkelkinder Erben seien!

Das KG hat also nur festgestellt, daß der Beschluß des AG objektiv rechtmäßig, d.h. aber zugleich, daß die aufhebende E des LG objektiv rechtswidrig war. Es hatte aber festzustellen, ob sich die bloße Rechtverletzungsbehauptung der Witwe als begründet erwies, ob also die Zweitbeschwerdeführerin durch die falsche E des LG in einem ihr wirklich zustehenden Erbrecht verletzt war. Man stelle sich einmal vor, was die Witwe gedacht haben mag, als sie den Beschluß des KG las. Vorn im Tenor stand, daß ihre weitere Bs Erfolg hatte, und hinten in der Begründung, daß sie nicht Erbin war. Prozeß gewonnen - Recht verloren!

---

25 Vgl. oben V 4 b (S. 65 ff.).

Man wende nicht ein, wenn die weitere Bs der Witwe zurückgewiesen worden wäre, so wäre das AG durch die E des LG angewiesen geblieben, einen Erbschein, der nach Ansicht des KG unrichtig war, zu erteilen. In diesem Falle wäre es Sache der Enkelkinder gewesen, nun ihrerseits gegen den Beschluß des LG weitere Bs einzulegen. Dieses Rechtsmittel hätte dann zur Aufhebung der landgerichtlichen E geführt, weil die Enkelkinder vom materiellrechtlichen Standpunkt des KG aus in einem Erbrecht verletzt gewesen wären.

bb) Anhand dieses Falles läßt sich eine weitere Erkenntnis über die Bindung des Rechtsbeschwerdegerichts an die tatsächlichen Feststellungen des LG gewinnen.

Das KG führt aus: Die Frage, ob im Falle des Erbverzichts keine Ersatzberufung der Abkömmlinge nach § 2069 BGB eintrete, wenn der Verzichtende für sein Erbrecht vollständig abgefunden werde, könne dahinstehen. Denn nach den bindenden tatsächlichen Feststellungen des LG seien die Töchter für ihren Verzicht nicht vollständig abgefunden worden.

Das ist nicht richtig. Das KG mußte diese Rechtsfrage von seinem materiellrechtlichen Standpunkt aus vielmehr entscheiden und bejahendenfalls selbst auch in tatsächlicher Hinsicht prüfen, ob die Töchter vollständig abgefunden waren[26]. Denn falls eine vollständige Abfindung der Töchter[27] dazu führte, daß die Enkelkinder nicht nach § 2069 BGB Ersatzerben wurden, war die Witwe Miterbin. Von der Abfindung der Töchter hingen dann also das Recht der Bfin und damit (nur) die subjektive Rechtswidrigkeit der angefochtenen E ab. Insoweit muß das Rechtsbeschwerdegericht aber nach dem beim Erbhoffall Gesagten selbst tatsächliche Feststellungen treffen[28].

---

26 Ebenso mußte es von seinem Standpunkt aus in tatsächlicher Hinsicht prüfen, ob ein der Ersatzberufung entgegenstehender Wille des Erblassers und seiner ersten Ehefrau anzunehmen war.

27 Bzw. ein abweichender Wille der Erblasser.

28 Vgl. oben a (S. 82).

Das Besondere des Falles besteht nun darin, daß die Frage der Abfindung möglicherweise auch für die objektive Rechtswidrigkeit der angefochtenen E bedeutsam war, weil das LG die aus der mangelnden Abfindung folgende (hypothetische) Ersatzberufung der Enkelkinder als Nichtigkeitsgrund 2 für den Erbverzicht der Töchter betrachtet hatte. Ist aber eine Tatsache nur möglicherweise für die objektive und jedenfalls für die subjektive Rechtswidrigkeit der angefochtenen E erheblich, so ist das Rechtsbeschwerdegericht dann nicht an die tatsächlichen Feststellungen des LG gebunden, wenn es die Tatsache für die objektive Rechtswidrigkeit für unerheblich hält. Das war hier der Fall; denn nach Ansicht des KG führte eine - möglicherweise nur bei fehlender Abfindung der Töchter eintretende - Ersatzberufung der Enkelkinder nicht zur Nichtigkeit des Erbverzichts und damit nicht zu einem Erbrecht der Töchter. War aber die Abfindungsfrage für die objektive Rechtmäßigkeit der E des LG unerheblich, so war das KG an die tatsächlichen Feststellungen des LG zu dieser Frage nicht gebunden.

Daß diese Ansicht richtig ist, wird ganz klar, wenn man berücksichtigt, daß das LG zur Frage der Ersatzberufung der Enkelkinder gar nicht hätte Stellung zu nehmen und daher zur Abfindung der Töchter gar keine Feststellungen hätte zu treffen brauchen, weil seine E von seinem Standpunkt aus auch allein von dem Nichtigkeitsgrund 3 getragen wurde. Man nehme einmal an, das LG hätte seine E nur mit diesem Argument begründet. Da nach Ansicht des KG der Nichtigkeitsgrund 3 nicht vorlag, aber auch eine etwaige Ersatzberufung der Enkelkinder nicht zur Nichtigkeit des Erbverzichts geführt hätte, hätte das KG die Sache nicht an das LG zum Zwecke tatsächlicher Feststellungen über die Abfindungsfrage zurückzuverweisen brauchen. Vielmehr hätte es die objektive Rechtswidrigkeit der angefochtenen E von seinem materiellrechtlichen Standpunkt aus auch so bejahen, d.h. ein Erbrecht der Töchter auf jeden Fall ausschließen können. Dann hätte es aber notwendigerweise selbst tatsächli-

che Ermittlungen über die Abfindung der Töchter anstellen müssen, um die Rechtsverletzung der Witwe bejahen zu können. Das gleiche muß aber gelten, wenn das LG zu der - vom Standpunkt des KG aus für die objektive Rechtmäßigkeit der angefochtenen E unerheblichen - Abfindungsfrage zufällig tatsächliche Feststellungen getroffen hat.

cc) Mit diesen Überlegungen ist nachträglich auch noch ein wichtiges Argument gegen die Schlüssigkeitstheorie gewonnen. Nach dieser Lehre müßten nämlich tatsächliche Behauptungen des Rechtsbeschwerdeführers in die Schlüssigkeitsprüfung miteinbezogen werden, soweit das Gericht der weiteren Bs an die Feststellungen des LG nicht gebunden ist. Das ist nach dem soeben Gesagten der Fall, soweit die Feststellungen des LG vom Standpunkt des Rechtsbeschwerdegerichts aus für die objektive Rechtswidrigkeit der angefochtenen E unerheblich sind. Um zu entscheiden, ob sie das sind, muß das Rechtsbeschwerdegericht aber mindestens teilweise in die Sachprüfung eintreten; z.B. müßte das KG, wenn es im vorliegenden Apothekenfall entscheiden wollte, ob die Feststellungen zur Abfindung der Töchter für die objektive Rechtmäßigkeit der angefochtenen E erheblich sind, zunächst prüfen, ob eine an sich eintretende Ersatzberufung der Enkelkinder zur Nichtigkeit des Erbverzichts führen würde. Eine - wenn auch begrenzte - Prüfung der objektiven Rechtmäßigkeit der angefochtenen E setzt aber voraus, daß die Bs zulässig ist, und die Zulässigkeit soll wieder vom Ergebnis der Schlüssigkeitsprüfung abhängen, von der noch nicht feststeht, ob sie sich nur auf die vom LG festgestellten oder auch auf die vom Rechtsbeschwerdeführer behaupteten Tatsachen zu erstrecken hat - ein Teufelskreis, aus dem es für die Anhänger der Schlüssigkeitstheorie keinen Ausweg gibt!

c) Im Ergebnis richtig hat das KG dagegen den Hundeasylfall[29] entschieden. Es hat die weitere Bs des Bruders mit Recht für zulässig, aber unbegründet erachtet. Den Grund dafür

---

29 Vgl. oben V 4 a (S. 62 ff.).

hat es allerdings nicht erkannt. Das KG führt nämlich aus, dem Bruder fehle mangels eines Erbrechts die Bsberechtigung im Sinne des § 20 I FGG, da er durch die E des LG, nach welcher die Kusine als Erbin anzusehen sei, in keinem Fall in seinen Rechten beeinträchtigt werde. Das KG hat also hier die Bsberechtigung zur Begründetheit gerechnet und sie offenbar mit dem "Recht" i.S. des § 20 I gleichgesetzt. Die Bsbefugnis gehört aber nach richtiger Ansicht zur Zulässigkeit und ist mit dem "Recht" nicht identisch[30]. Indessen war die weitere Bs zulässig, weil der Bruder entgegen der Ansicht des KG eine Bsbefugnis hatte: er hatte nämlich die bloße Rechtsbehauptung aufgestellt, er sei Erbe, und das genügte. Nur erwies sich diese Behauptung als unbegründet; deshalb mußte die Bs zurückgewiesen werden. Die weitere zur Begründetheit gehörende Frage, ob die angefochtene E objektiv rechtmäßig, ob also die Kusine Erbin sei, durfte das KG dahingestellt lassen.

d) Ebenfalls nur im Ergebnis richtig hat das KG den 1. Kommorientenfall[31] entschieden, der die Serie von Fällen dieser verfahrensrechtlichen Konstellation abschließt. Dort hatte das LG seine E, die Witwe sei Alleinerbin des Erblassers geworden, auf zwei Annahmen gestützt, nämlich a) daß die Ehefrau den Erblasser überlebt habe und b) daß der Erblasser sie in einem formgültigen Testament zur Alleinerbin eingesetzt habe. Das KG führt unter II zur Zulässigkeit der weiteren Bs des Vetters aus:

Soweit der Bf geltend mache, das LG habe zu Unrecht angenommen, die Ehefrau habe ihren Ehemann überlebt, stehe ihm ein Bsrecht zu. Denn wenn die Ehefrau den Erblasser nicht überlebt habe, sei der Bf als angeblicher Vetter und angeblich nächster Verwandter zur gesetzlichen Erbfolge berufen.

Weiter heißt es:

"Dagegen kommt es für die E über die weitere Bs in

---

30 Vgl. unten VII 2 b (S. 106).
31 Vgl. oben IV 3 a (S. 47 ff.).

keinem Fall darauf an, ob die Annahme des LG, der Erblasser habe seine Ehefrau durch letztwillige Verfügung zu seiner alleinigen Erbin eingesetzt, einer rechtlichen Prüfung standhält. Denn erweist sich die Annahme des LG, die Ehefrau habe ihren Ehemann überlebt, als ungerechtfertigt, so ist das angebliche Testament wegen Fehlens der Überlebensvoraussetzung ... gegenstandslos. Hält diese Annahme jedoch einer rechtlichen Nachprüfung stand, so hat der Bf kein Recht, die Frage des Vorhandenseins und der Gültigkeit des Testaments im Rechtsmittelwege einer Nachprüfung zu unterstellen, weil er infolge des Überlebens der Ehefrau von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen wird. Denn wenn und soweit ein Recht des Bf durch die angefochtene E, ihre Unrichtigkeit unterstellt, nicht beeinträchtigt wird, fehlt es an der Bsberechtigung ... Das Rechtsmittel eines durch die angefochtene E in seinen Rechten nicht beeinträchtigten Bf darf zu einer Aufhebung der E selbst dann nicht führen, wenn die E einer rechtlichen Nachprüfung nicht standhalten sollte.

III. Unter Zugrundelegung dieser Erwägungen erweist sich die weitere Bs ... als unbegründet." (Es folgen Ausführungen darüber, daß das LG rechtsbedenkenfrei angenommen habe, die Ehefrau habe den Erblasser überlebt).

Auch in dieser E hat das KG die Bsbefugnis mit der wirklichen Rechtsverletzung des Bf verquickt.

Der am Ende von II (Zulässigkeitsprüfung) ausgesprochene allgemeine Satz, daß die Bs eines durch die angefochtene E (in Wirklichkeit) nicht in seinen Rechten beeinträchtigten (und verletzten) Bf selbst dann nicht zur Aufhebung der E führen dürfe, wenn diese einer rechtlichen Nachprüfung nicht standhalte, ist in sich ebenso richtig wie die Aus-

führungen darüber, daß in concreto die Frage des Vorhandenseins eines gültigen Testaments für die E über die weitere Bs unerheblich war. Nur standen diese Sätze an falscher Stelle, weil sie mit der Bsberechtigung und demgemäß mit der Zulässigkeit der Bs nichts zu tun hatten. Es ist unrichtig, wenn das KG meint, der Bf habe eine Bsbefugnis nur, soweit er bezüglich der Annahme a) (Überleben der Ehefrau) eine Rechtsrüge erhebe, nicht aber, soweit er auch die Annahme b) (Vorhandensein eines gültigen Testaments) als rechtsfehlerhaft angreife. Die Bsbefugnis wird nicht nach einzelnen Begründungselementen aufgespalten. Vielmehr war die weitere Bs in vollem Umfang zulässig, weil der Bf die eine unteilbare Rechtsbehauptung aufgestellt hatte, er sei Erbe. Mit diesem kurzen Satz hätte das KG die Bsbefugnis bejahen können und sollen.

Alles andere war ausschließlich eine Frage der Begründetheit und hätte daher unter III erörtert werden müssen.
Die Rechtsrüge bezüglich des Vorhandenseins eines gültigen Testaments war für die Frage, ob der Bf das von ihm behauptete Erbrecht wirklich hatte und darin verletzt war, unerheblich. Denn wenn die Annahme des LG, der Erblasser habe ein Testament zugunsten seiner Ehefrau hinterlassen, rechtsfehlerhaft war, so bestanden zwei Möglichkeiten. Entweder war der Vetter der nächste Verwandte: dann war die auch nach Ansicht des KG nachverstorbene Ehefrau gesetzliche Alleinerbin, und es fehlte im Ergebnis schon an der objektiven Rechtswidrigkeit der angefochtenen E. Oder es war ein näherer Verwandter vorhanden: dann war die Ehefrau zwar nicht gesetzliche Alleinerbin, und die E des LG war objektiv rechtswidrig; es fehlte in diesem Fall aber an der subjektiven Rechtswidrigkeit, weil der Vetter durch den näheren Verwandten von der Erbfolge ausgeschlossen wurde. Das ändert aber nichts daran, daß der Vetter in vollem Umfang beschwerdeberechtigt war. Das KG hat seine weitere Bs daher im Ergebnis auch zutreffend als unbegründet zurückgewiesen.

4. Das LG Berlin verkennt in ständiger Rechtsprechung, daß die den Verfahrensgegenstand bestimmende Rechtsverletzungsbehauptung des Bf begründet sein muß, wenn die Bs Erfolg haben soll; das LG betrachtet stets nur die Frage nach der objektiven Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung als Beschwerdegegenstand. Das hat Folgen für die Dauer des Verfahrens, für die Kostenlast und für die Zulässigkeit der weiteren Bs, wie folgende Beispiele zeigen:

a) 2. Kommorientenfall[32]

Die Erblasserin ist am 4. Dezember 1945 verstorben. Ihr Ehemann ist seit Juli 1945 vermißt und ist auf den 31. Dezember 1945 für tot erklärt worden. Die Erblasserin hat einen Neffen und eine Nichte, Kinder ihres einzigen vollbürtigen Bruders, hinterlassen. Außerdem hatte sie noch zwei Halbgeschwister, von denen nicht feststeht, ob sie den Erbfall erlebt haben.

Das AG war entsprechend der ständigen Rechtsprechung des KG der Ansicht, der Ehemann der Erblasserin gelte gemäß § 11 VerschG als gleichzeitig mit dieser verstorben[33]. Es erteilte dem Neffen einen gemeinschaftlichen Teilerbschein des Inhalts, daß er und seine Schwester Erben zu je 1/3 seien (jeweils 1/4 über die Mutter und 1/12 über den Vater der Erblasserin).

Hiergegen legte der Bruder und Erbe des Ehemannes der Erblasserin Bs mit dem Ziel der Einziehung des Erbscheins ein. Er machte geltend, der Ehemann sei Miterbe zu 1/2 geworden.

Das LG schloß sich ebenso wie das AG der Rechtsprechung des KG zu § 11 VerschG an. Es hielt es aber

---

32 LG Berlin, Beschluß vom 5.9.1966 - 83 T 518.65 -, n.v..
33 Vgl. KG NJW 1954, 1652; 1958 24 (26). Die Ansicht des KG ist sehr umstritten.

für möglich, daß die angeblichen Halbgeschwister doch Vollgeschwister gewesen seien, so daß die Erbquoten falsch berechnet gewesen wären. Außerdem hielt es den Nachweis, daß der Neffe und die Nichte mit der Erblasserin verwandt seien, noch nicht für geführt. Das LG stellte daher über die Verwandtschaftsverhältnisse Ermittlungen an, die sich mehrere Monate hinzogen und die Akten anschwellen ließen. Nachdem es zu der Überzeugung gekommen war, daß das AG die Verwandtschaftsverhältnisse richtig beurteilt habe, wies es die Bs als unbegründet zurück.

Das Verfahren des LG war fehlerhaft. Die Bs des Bruders des Ehemannes war zulässig, weil er die Rechtsbehauptung aufgestellt hatte, der Ehemann sei Miterbe geworden und er selbst sei daher durch den Erbschein in seinem ererbten Erbrecht verletzt. Diese Behauptung erwies sich aber als unzutreffend, weil das LG der Ansicht war, der Ehemann habe die Erblasserin nicht überlebt[34]. Die Frage, ob die Erbquoten der Verwandten richtig errechnet waren und ob der angebliche Neffe überhaupt mit der Erblasserin verwandt und daher Miterbe war, hatte das LG nicht zu prüfen. Denn selbst wenn der Erbschein insoweit unrichtig war, so war doch der Bf durch diese etwaige Unrichtigkeit nicht in seinen Rechten verletzt. Das LG hätte die Bs daher ohne Ermittlungen zurückweisen müssen.

In einem Aktenvermerk legte das LG dar, das Beschwerdegericht müsse, wenn es einmal mit der Sache befaßt sei, "gemäß §§ 2358, 2361 BGB, § 12 FGG" ohne Bindung an Anträge prüfen, ob überhaupt eine Unrichtigkeit des Erbscheins vorliege. Damit verquickt das LG aber zwei verschiedene Dinge, nämlich das Amtsprinzip (Offizialmaxime) - hier: § 2361 I 1 BGB - und das Amtsermittlungsprinzip (Inquisitionsmaxime) - hier: §§ 2361 III, 2358 I BGB, § 12 FGG.

---

34 Nach der Schlüssigkeitstheorie hätte das zur Unzulässigkeit der Bs geführt, vgl. oben V 4 zu Note 32 (S. 62).

Dieses besagt, daß das Gericht die zur Feststellung der (sc. erheblichen) Tatsachen erforderlichen Ermittlungen von Amts wegen anzustellen hat; es besagt aber nichts darüber, welche Tatsachen erheblich sind. Das Amtsermittlungsprinzip gilt gleichermaßen im Antragsverfahren und im Amtsverfahren, d.h. im von Amts wegen eingeleiteten Verfahren, zu dem das erstinstanzliche Erbscheinseinziehungsverfahren, nicht aber das Beschwerdeverfahren gehört. Die Amtsermittlungen werden durch das Ziel des jeweiligen Verfahrens begrenzt: im Antragsverfahren durch den Antrag, im Amtsverfahren durch die in Betracht kommende Rechtsfolge (Maßregel), und im Beschwerdeverfahren durch die Frage, ob der Bf durch die angefochtene E in dem behaupteten Recht beeinträchtigt (§ 20 I FGG) und verletzt ist. Das Beschwerdegericht ist zwar nicht an das tatsächliche Vorbringen des Bf gebunden. Es darf auch nicht behauptete Tatsachen feststellen, und zwar auch solche, die unter anderen als den vom Bf erörterten rechtlichen Gesichtspunkten erheblich werden. Hat z.B. das Nachlaßgericht dem Testamentserben einen Erbschein erteilt und legt der gesetzliche Erbe hiergegen Bs ein mit der Begründung, das Testament sei formnichtig, so darf das Beschwerdegericht von Amts wegen auch ermitteln, ob der Erblasser etwa testierunfähig war. Immer aber müssen diese Ermittlungen wie im letztgenannten Beispiel dazu dienen, die Rechtsverletzungsbehauptung des Bf zu stützen; sie müssen sich innerhalb des Verfahrensgegenstandes halten. Dieser Grundsatz gilt auch im Erbscheinseinziehungsverfahren höherer Instanz. Die Annahme, daß § 20 I FGG dort nicht gelte, ist durch nichts gerechtfertigt.

Das Verfahren des LG führt dazu, daß der unterlegene Bf gemäß § 13 a I 2 FGG auch diejenigen außergerichtlichen Kosten tragen muß, die dem Beschwerdegegner durch die Ermittlungen über die Verwandtschaftsverhältnisse (u.a. kommissarische Zeugenvernehmungen vor zwei auswärtigen Gerichten) entstanden sind, obwohl diese Verhältnisse den Bf nichts angehen. Im übrigen belastet sich das LG mit unnützer Arbeit.

b) Die Erblasserin wird nach französischem Recht beerbt. Sie hat ihren inzwischen verstorbenen Ehemann, ihre Mutter und ihren Bruder hinterlassen. Das Nachlaßgericht erteilte einen gegenständlich beschränkten Erbschein des Inhalts, daß die Mutter zu 1/4 und der Bruder zu 3/4 Erben seien.

Hiergegen legte die Erbin des nachverstorbenen Ehemannes Bs ein, weil der Erbschein nicht den lebenslänglichen Nießbrauch des Witwers nach französischem Recht auswies. Das LG[35] war der Ansicht, dieser Nießbrauch dürfe jedenfalls nach dem Tode des Witwers nicht mehr vermerkt werden. Der Erbschein sei gleichwohl unrichtig, weil er nicht den Hinweis enthalte, daß sich die Erbfolge nach französischem Recht richte. Das LG gab der Bs daher statt.

Auch diese E war nicht richtig. Es ist schon nicht ganz zweifelsfrei, ob der gegenständlich beschränkte Erbschein überhaupt die Angabe enthalten muß, nach welchem Recht er erteilt ist[36]. Selbst wenn man das aber bejaht, durfte das LG der - zulässigen[37] - Bs nicht stattgeben. Der Erbschein war dann zwar unrichtig; die Bfin war aber durch diese Unrichtigkeit nicht in ihren Rechten verletzt. Sie hätte gemäß § 13 a I 2 FGG die außergerichtlichen Kosten der Beschwerdegegner tragen müssen.

c) Der Erblasser, deutscher Staatsangehöriger, hatte seine Schwester und seinen Bruder als Erben eingesetzt. In dem Testament hatte er angegeben, er sei nie verheiratet gewesen und habe keine Abkömmlinge. Auf Antrag des Bruders erteilte das AG einen

---

35 LG Berlin, Beschluß vom 9.6.1965 - 83 T 92.65 -, n.v..
36 Dafür allerdings die h.M., vgl. Palandt-Keidel, § 2369 Anm. 3 mit weiteren Nachweisen.
37 Nach der Schlüssigkeitstheorie wäre die Bs unzulässig gewesen.

das Erbrecht der Geschwister ausweisenden Erbschein mit dem Vermerk, daß er nur für Ansprüche nach der Wiedergutmachungsgesetzgebung gelte.

Daraufhin meldete sich eine Tochter des Erblassers aus seiner vor 45 Jahren geschiedenen Ehe und begehrte die Einziehung des Erbscheins. Sie focht das Testament nach § 2079 BGB an mit der Begründung, der Erblasser habe geglaubt, sie, die pflichtteilsberechtigte Tochter, sei in der Verfolgung umgekommen. Das AG lehnte die Einziehung ab, weil der Erblasser die Tochter aus näher dargelegten Gründen bewußt übergangen habe.

Hiergegen legte die Tochter Bs ein. Das LG[38] erachtete die Bs für zulässig ("§§ 19, 20, 21 FGG") und begründet. Es ließ die Anfechtung der Tochter zwar ebenfalls nicht durchgreifen, hielt den Erbschein aber trotzdem für unrichtig. Das LG erblickte nämlich in dem Zusatz, daß der Erbschein "nur für Ansprüche nach der Wiedergutmachungsgesetzgebung" gelte, eine gegenständliche Beschränkung i.S. des § 2369 BGB. Da aber der Erblasser als deutscher Staatsangehöriger nach deutschem Recht beerbt werde, sei ein unbeschränkter Erbschein zu erteilen gewesen. Das LG hob daher den angefochtenen Beschluß auf und wies das AG an, den Erbschein einzuziehen.

Das LG hätte die Bs zurückweisen müssen. Denn die Rechtsbehauptung der Tochter, sie habe ein Erbrecht und sei darin durch den Erbschein verletzt, erwies sich als unbegründet. Wenn man die - nicht unbedenkliche - Annahme des LG teilt, daß der Zusatz "Nur gültig für Ansprüche nach der Wiedergutmachungsgesetzgebung" eine gegenständliche Beschränkung i.S. des § 2369 BGB darstelle, so war der Erbschein zwar objektiv unrichtig. Durch diese Unrichtigkeit waren aber nur die Geschwister in ihren Rechten verletzt. Das LG hat wieder den Verfahrensgegenstand überschritten.

---

38 LG Berlin, Beschluß vom 7.3.1966 - 83 T 550.65 -, n.v..

d) Das AG erteilte aufgrund eines Testaments einen gemeinschaftlichen Teilerbschein des Inhalts, daß der Erblasser von seinem Bruder A zu 1/2 und von seinem Bruder B zu 1/14 beerbt worden sei.

Im Beschwerdewege verlangte die Witwe die Einziehung dieses Erbscheins. Sie vertrat die Ansicht, das Testament sei unwirksam, so daß sie aufgrund eines früheren Testaments Alleinerbin geworden sei.

Das LG hielt das spätere Testament für wirksam. Es kam aber zu dem Ergebnis, daß nach diesem Testament der Bruder A zu 1/2, der Bruder B und die Witwe zu je 1/8 und die Tochter des Erblassers zu 1/4 Erben geworden seien. Das LG erachtete daher den gemeinschaftlichen Teilerbschein für unrichtig und wies das AG an, ihn einzuziehen.

Hiergegen legte die Witwe weitere Bs ein. Sie wies darauf hin, daß ihrer ersten Bs zwar stattgegeben worden sei, daß die E des LG aber, wie ihre Gründe ergäben, zu ihren Ungunsten ergangen sei.

Das KG[39] verwarf die weitere Bs als unzulässig, weil die Bfin durch die angefochtene E nicht beschwert sei. Sie habe ihr mit der ersten Bs verfolgtes Ziel, nämlich die Einziehung des gemeinschaftlichen Teilerbscheins, erreicht. Ihr Recht werde nicht dadurch beeinträchtigt, daß die Brüder sich nicht mehr durch den Erbschein ausweisen könnten. Eine Beeinträchtigung nur durch die Gründe der angefochtenen E reiche nicht aus.

Die E des KG ist zweifellos richtig, die des LG dagegen falsch. Man kann schon darüber streiten, ob der Teilerbschein, der den Bruder B zu 1/14 als Erben auswies, überhaupt unrichtig war, wenn B sogar zu 1/8 erbte. Denn der

---

39 OLGZ 1966, 74.

Teilerbschein schloß ja nicht aus, daß dem Bruder ein weiterer Bruchteil zustand; falsch war vom Standpunkt des LG aus nur die Begründung des AG. Aber selbst wenn man der Meinung ist, daß der Erbschein unrichtig war, so war doch die Witwe durch diese Unrichtigkeit nicht in ihren Rechten verletzt, weil sie vom Standpunkt des LG aus jedenfalls nicht die den Brüdern A und B vom AG zugesprochenen Anteile von 1/2 bzw. 1/14 zu beanspruchen hatte. Das LG hätte daher die erste Bs der Witwe als unbegründet zurückweisen müssen. In diesem Fall wäre die weitere Bs der Witwe zulässig gewesen, und das KG hätte die Beurteilung der materiellen Rechtslage durch das LG auf Rechtsfehler prüfen dürfen.

Das Verfahren des LG führt dazu, daß der Bfin eine Instanz genommen wird. Statt dessen verweist das KG die Witwe darauf, einen Erbschein über ihr Alleinerbrecht zu beantragen. Werde dieser Antrag zurückgewiesen, so sei das LG, falls es im Beschwerdewege wieder mit der Sache befaßt werde, an seine frühere Rechtsauffassung nicht gebunden, wie auch das AG an die frühere E des LG nicht gebunden sei. Ein höchst umständliches und kostspieliges Verfahren!

In allen diesen Fällen hat das LG Berlin übersehen, daß es nicht die Aufgabe der Beschwerdegerichte ist, die Entscheidungen der unteren Gerichte in jeder Hinsicht auf ihre objektive Richtigkeit zu kontrollieren, wenn nur ein Bf behauptet hat, durch die jeweilige E verletzt zu sein, sondern daß sie die Kontrolle nur zwecks Rechts(mittel)schutzes des betreffenden Bf ausüben dürfen.

e) Prozessual richtig, aber nur im Ergebnis, nicht in der Begründung, ist dagegen eine E des LG Berlin aus dem Jahre 1940[40], in der dem Gericht die gleiche falsa demonstratio unterlaufen ist wie dem KG im Hundeasylfall[41]:

---

40 Beschluß vom 29.5.1940 - 203 T 3078.40 -, n.v..
41 Vgl. oben VI 3 c (S. 86 f.).

Die Erblasserin hatte die Jüdische Gemeinde zur Erbin eingesetzt, Testamentsvollstrecker ernannt und das Nachlaßgericht ersucht, bei deren Wegfall Nachfolger zu ernennen. Nachdem mehrere jüdische Testamentsvollstrecker ihr Amt niedergelegt hatten, ernannte das Nachlaßgericht einen "arischen" Rechtsanwalt. Hiergegen legte die Jüdische Gemeinde sofortige Bs ein. Sie machte geltend, die Ernennung eines nichtjüdischen Testamentsvollstreckers widerspreche dem mutmaßlichen Willen der Erblasserin.

Das LG hielt die "nach § 81 FGG zulässige rechtzeitig eingelegte Bs" für nicht begründet. Die Bfin sei nur beschwerdeberechtigt, wenn sie Erbin geworden sei. Zur Wirksamkeit der Erbeinsetzung sei nach Art. 86 EG BGB i.V.m. Art. 6 § 1 des preußischen AG zum BGB (GS 1899 S. 177) noch die staatliche Genehmigung erforderlich. Es brauche jedoch nicht geprüft zu werden, ob die Genehmigung etwa inzwischen versagt worden und die Bsberechtigung der Bfin damit entfallen sei, weil die Bs auch sachlich nicht gerechtfertigt sei.

(Sodann wird ausgeführt, daß die Ernennung des "arischen" Testamentsvollstreckers nicht gegen das Testament und das Gesetz verstoße.)

Das LG erörtert die unter dem Etikett "Bsberechtigung" verpackte Frage, ob die Jüdische Gemeinde Erbin geworden sei, bei der Begründetheit und läßt sie unbeantwortet, weil die angefochtene E objektiv rechtmäßig sei. Die Bsbefugnis gehörte aber bereits zur Zulässigkeit. Sie war indessen gegeben, weil die Bfin die bloße Rechtsbehauptung aufgestellt hatte, sie sei Erbin. Von der Wirksamkeit der Erbeinsetzung hing lediglich die subjektive Rechtswidrigkeit ab, also die Frage, ob die Bfin bei gegebener objektiver Rechtswidrigkeit

der E wirklich in einem Erbrecht verletzt war[42]. Diese Frage, die - in sich richtig - erst beim Beschwerdegrund angeschnitten wurde, durfte das LG allerdings offenlassen, wenn es die objektive Rechtswidrigkeit verneinte. Hätte es sich um die Bsbefugnis gehandelt, so hätte das LG diesen Punkt nicht dahingestellt lassen dürfen.

5. Auch bei den Rechtsbeschwerdegerichten herrscht viel terminologische Unklarheit, wie nur zwei Beispiele zeigen sollen:

a) Es ist nicht folgerichtig, wenn das KG in einem Fall, in dem das Begehren der wirklichen Erben auf Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses in allen drei Instanzen erfolglos blieb, ausführt:

> "Die weitere Bs ist zulässig. Durch die Beschwerdeentscheidung ... ist ein Recht der Bf beeinträchtigt. Die Beteiligten zu 2 und 3 (Bf) waren befugt, die erste Bs einzulegen, weil ihr Recht beeinträchtigt gewesen wäre, wenn die E des AG sich als ungerechtfertigt herausgestellt hätte. ...
>
> Das Rechtsmittel ist jedoch nicht begründet. ..."[43]

Nach hier verwendeter Terminologie ist der auf die Zulässigkeit der weiteren Bs bezügliche zweite Satz richtig, aber nicht ganz vollständig. Durch die E des LG war in der Tat ein Recht der Bf beeinträchtigt. Denn das Testamentsvollstreckerzeugnis griff in das wirklich bestehende Erbrecht ein, und damit auch die bestätigende E des LG[44]. Zur

---

42 Ebenso hat das OLG München in JFG 23, 224 (225 f.) die Bsbefugnis mit der subjektiven Rechtswidrigkeit verwechselt und diese - was zulässig war - vor der objektiven Rechtswidrigkeit festgestellt.

43 KG, Beschluß vom 22.4.1965 - 1 W 388.65 -, n.v..

44 Es hätte aber für die Zulässigkeit auch genügt, wenn die Bf ein Erbrecht und damit einen Eingriff nur behauptet hätten.

Zulässigkeit gehörte aber außerdem die Behauptung der objektiven Rechtswidrigkeit der Beschwerdeentscheidung. Falsch formuliert ist dagegen der auf die Zulässigkeit der ersten Bs bezügliche Satz, weil das Testamentsvollstreckerzeugnis das Erbrecht der Bf auch dann beeinträchtigte, wenn es richtig war.

Sieht man in der Rechtsbeeinträchtigung dagegen den rechtswidrigen Eingriff, so war es umgekehrt: durch die Beschwerdeentscheidung war das Erbrecht der Bf dann gerade nicht beeinträchtigt; denn der Eingriff war rechtmäßig, und die weitere Bs ist daher zurückgewiesen worden. Richtig formuliert wäre dann aber der auf die Zulässigkeit der ersten Bs bezügliche Satz.

b) In einem Fall, in dem sich ein Grundstückseigentümer gegenüber einem Dritten verpflichtet hatte, über das Grundstück unter Lebenden nicht zu verfügen, und das Grundstück gleichwohl veräußert hatte, hat der BGH[45] die gegen die gerichtliche Genehmigung des Veräußerungsvertrages eingelegte Bs des Dritten mit folgender Begründung für unzulässig erachtet:

> "Erforderlich ist vielmehr ..., daß auch die sonstigen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Bs gegeben sind. ... Das gilt insbesondere von der Rechtsbeeinträchtigung des Bf, die nur zu bejahen ist, wenn er in einem Recht verletzt ist. Jeder der glaubt, in einem solchen Recht beeinträchtigt zu sein, kann Bs einlegen und auf diese Weise seine Rechtsauffassung zur Geltung bringen. Welchen Erfolg die Bs in einem solchen Falle hat, hängt davon ab, ob eine Rechtsbeeinträchtigung tatsächlich vorliegt. Wird sie verneint, so führt dies zur Verwerfung des Rechtsmittels als unzulässig, wird sie bejaht, so kann es sich als begründet oder unbegründet erweisen."

---

45 BGH LM Nr. 2 zu § 137 BGB.

(Alsdann wird die "Rechtsbeeinträchtigung" des Dritten verneint.)

Das ist schief ausgedrückt, welche Terminologie man auch verwenden möge:

Setzt man entgegen der hier vertretenen Ansicht Rechtsverletzung und Rechtsbeeinträchtigung gleich, so ist der zweite Satz in sich richtig. Da aber in der Rechtsverletzung die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung mit enthalten ist[46], ist die wirkliche Rechtsbeeinträchtigung in diesem Sinne entgegen der Ansicht des BGH keinesfalls Zulässigkeitsvoraussetzung. Wird sie verneint, so ist das Rechtsmittel unbegründet. Wird sie bejaht, so ist es begründet. Wenn erst die tatsächlich vorliegende Rechtsbeeinträchtigung (in diesem Sinne) die Zulässigkeit rechtfertigen soll, so ist unklar, was bei der Begründetheit noch geprüft werden soll.

Aber auch nach hier verwendeter Terminologie sind die Formulierungen des BGH falsch. Denn erstens brauchen auch das Recht und seine Beeinträchtigung (i.S. von neutralem Eingriff) nur behauptet zu werden[47], und zweitens durfte die Rechtsbeeinträchtigung dann nicht mit der Rechtsverletzung gleichgesetzt werden.

In Wirklichkeit fehlte es in diesem Fall aber nicht erst an einer Rechtsbeeinträchtigung und -verletzung, sondern schon an einer Rechtsbeeinträchtigungs- und -verletzungsbehauptung[48], und deshalb hat der BGH die Bs im Ergebnis mit Recht für unzulässig erachtet. Seine Ausführungen passen auf diesen Fall überhaupt nicht. Richtig und für den Fall passend wären sie von dem mit: "Jeder, der ..." beginnenden Satz ab gewesen, wenn der BGH mit Rechtsbeeinträchtigung nur die - später noch zu erörternde[49] -

---

46 Vgl. oben II 1 a (S. 22).
47 Vgl. oben 1 (S. 75 ff.).
48 Vgl. unten VII 2 b Note 19 (S. 107).
49 Vgl. unten VII 2 a und 4 (S. 105 f., 111 ff.).

abstrakte Eignung der Verfügung, in das Recht einzugreifen, gemeint hätte, was er wohl auch getan hat. Aber dann durfte er die Rechtsbeeinträchtigung in diesem (dritten) Sinne schon gar nicht mit der Rechtsverletzung gleichsetzen.

6. Vom hier vertretenen Standpunkt aus ist die Bs ähnlich zu behandeln wie ein Antrag im erstinstanzlichen Verfahren. Auch dort genügt nämlich für die Zulässigkeit des Antrags die Behauptung eines Rechts. So ist es unrichtig, wenn aus § 2353 BGB gefolgert wird, der Erbe habe im Erbscheinsverfahren ein Antragsrecht. Vielmehr ist derjenige antragsberechtigt, der die bloße[50] Rechtsbehauptung aufstellt, er sei Erbe. Ob er es wirklich ist, ob sich seine Behauptung in rechtlicher und tatsächlicher Beziehung als zutreffend erweist, wird erst bei der Begründetheit geprüft. Ist das Testament, auf das sich der ASt stützt, aus Rechtsgründen nichtig oder aus tatsächlichen Gründen nicht vorhanden, so wird sein Erbscheinsantrag als unbegründet zurückgewiesen. Kein Mensch käme hier auf den Gedanken, den Antrag als unzulässig abzuweisen mit der Begründung, der ASt sei nicht Erbe und habe daher kein Antragsrecht. Nichts anderes gilt aber für das im Beschwerdewege geltend gemachte Erbrecht.

7. Nach hier vertretener Ansicht können gegen eine E auch mehrere Personen zugleich zulässigerweise Bs einlegen. Hat z.B. das AG dem A einen Erbschein erteilt, so können B, C und D jeder mit der bloßen Rechtsbehauptung, Alleinerbe zu sein, Bs mit dem Ziel der Einziehung dieses Erbscheins einlegen, so wie sie auch jeder einen Erbschein beantragen könnten. Im Apothekenfall hätten neben der Witwe auch die Enkelkinder zulässigerweise weitere Bs gegen die E des LG einlegen können, nach welcher die Töchter Erben zu je 1/2 waren. Und wenn es in § 38 IV LVO heißt, daß nur dem

---

50 Gegebenenfalls auch offensichtlich unschlüssige!

nächstberufenen hoferbenberechtigten Abkömmling die Bs gegen bestimmte Verfügungen zustehe, so können sich gleichwohl mehrere Abkömmlinge zugleich zulässigerweise beschweren, wie der BGH (bloß im Ergebnis) richtig erkannt hat[51], wenn sie nur jeder die reine Rechtsbehauptung aufstellen, der nächstberufene zu sein. Die Vertreter der Theorie vom wirklich vorhandenen Recht als Zulässigkeitsvoraussetzung dürften jeweils nur eine Bs für zulässig erachten.

51 BGH MDR 1963, 396.

Kapitel VII

Die abstrakte Beschwer

Nun wird gegen die hier vertretene Ansicht eingewendet, daß der Kreis der beschwerdeberechtigten Personen erheblich erweitert werde, wenn man sich mit der bloßen Rechtsbehauptung begnüge[1]; jede beliebige Person könne sich mit der Behauptung, ihr Recht sei betroffen, die Zulässigkeit der Bs erschleichen[2].

Bei diesem Einwand wird zunächst übersehen, daß es zwei wichtige Korrektive gegen die Ausweitung der Bsbefugnis gibt (im folgenden 1 und 2). Zum anderen wiegt dieser Einwand nicht schwer, weil die praktischen Folgen unbedeutend sind (vgl. unten 3).

1. Das "Recht" i.S. des § 20 I FGG braucht für die Zulässigkeit zwar nur behauptet zu werden. Aber der Bf muß es <u>für sich selbst</u> beanspruchen, und es muß in dieser Art überhaupt denkbar sein und dem Bf in abstracto zustehen können[3]. Es genügt nicht etwa, daß der Bf die Ansicht vertritt, ein Recht wie das von ihm beanspruchte gebe es. In allen bisher erörterten Fällen hatte der Bf die Behauptung aufgestellt, ihm stehe ein Erbrecht oder Anerbenrecht zu. Das sind Rechte, die es nach dem Gesetz gibt und die dem Bf in abstracto zustehen könnten. Anders ist es aber, wenn die Nachbarin des Erblassers im Beschwerdewege die Einziehung des der Witwe erteilten Erbscheins begehrt mit der Begründung, das Testament sei nichtig und ihr Gerechtigkeitsgefühl gebiete es ihr, im Interesse der Verwandten des Erblassers Bs einzulegen. Hier nützt es der Nachbarin nichts, wenn sie die Ansicht vertritt, als Nachbarin sei sie beschwerdebe-

---

1 Furtner, DNotZ 1966, 10.
2 Lent-Habscheid, Lehrbuch S. 187.
3 A.M. offenbar Bettermann, Klagebefugnis S. 472 für die Klagebefugnis nach der VwGO, wenn er ausführt, es komme nicht darauf an, welche rechtliche Beschaffenheit das Rechtsgut oder Interesse habe, in dem der Kläger verletzt zu sein behaupte. Siehe auch aaO S. 458.

rechtigt. Denn ein "Nachbarrecht" in diesem Sinne gibt es nicht einmal in abstracto, und deshalb kann die Nachbarin es auch nicht behaupten. Das Erbrecht der Verwandten bleibt aber außer Betracht, weil die Nachbarin es nicht für sich beansprucht. In diesem Falle ist die Bs unzulässig.

Ebenso wäre es in den folgenden Fällen:

Das Vormundschaftsgericht lehnt es ab, den Vormund anzuweisen, bei dem Kind im Vaterschaftsfeststellungs- und Unterhaltsprozeß die Blutprobe zu gestatten; hiergegen legt das Prozeßgericht Bs ein[4]. Oder: Das eine Grundbuchamt, in dessen Bezirk eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke liegt, legt Bs gegen eine Verfügung des für das andere Grundstück zuständigen Grundbuchamts ein[5]. Oder: Der Polizeipräsident legt gegen den die nachträgliche Legitimation eines unehelichen Kindes feststellenden Beschluß des Vormundschaftsgerichts Bs ein[6].

In diesen Fällen ist die Bs unzulässig[7]. Denn ein eigenes Recht des Prozeßgerichts auf vormundschaftsgerichtliche Anweisung zur Einwilligung in die Blutentnahme oder ein eigenes Recht des zweiten Grundbuchamts auf rechtmäßige grundbuchamtliche Verfügungen oder ein eigenes Recht des Polizeipräsidenten auf richtige vormundschaftsgerichtliche

---

4 Fall OLG München JFG 16, 169.
5 Fall KGJ 52 A 102.
6 Fall BGHZ 31, 92.
7 Unrichtig daher die in Note 4 und 5 genannten Entscheidungen.
Ähnliche Fälle dieser Art:
a) unrichtig entschieden (Bs unbegründet)
KGJ 40 A 41; 44 A 57 (60); 44 A 163 (169); 45 A 38; 53 A 46 (48 l. Grund); KG OLGE 32, 35; 33, 381; KG JFG 5, 157 (161 i.V.m. 159); 19, 93 (94 f.); 19, 152 (157); 20, 151 (154);
b) richtig entschieden (Bs unzulässig)
KGJ 34 A 133 (134); KG OLGE 10, 428; OLG Braunschweig JFG 4, 39 (40); OLG München JFG 15, 283; OLG Rostock JFG 2, 135 (136).

Entscheidungen gibt es nicht einmal in abstracto. Deshalb nützt es den Beschwerdeführern nichts, wenn sie eine gegenteilige Ansicht vertreten[8]. Sie machen in Wirklichkeit fremde Rechte geltend.

2. a) Entsprechendes gilt für den (wertneutralen) Eingriff. Zwar braucht der Bf auch bezüglich des konkreten Eingriffs nur die reine Rechtsbehauptung aufzustellen, damit die Bs zulässig sei[9]. Aber Verfügungen wie die angefochtene müssen wenigstens in abstracto geeignet sein, in ein Recht wie das vom Bf behauptete einzugreifen. In den Erläuterungsbüchern pflegen unter § 20 FGG lange Kataloge von (abstrakten!) Fällen aufgestellt zu werden, in denen die Bs mangels Bsberechtigung unzulässig ist. Untersucht man diese Fälle genauer, so fehlt es meistens gar nicht an einem "Recht"; vielmehr ist die Verfügung der infrage stehenden Art in abstracto nicht geeignet, auch nur wertneutral (d.h. gegebenenfalls auch rechtmäßig) in das betreffende Recht einzugreifen. So hat das OLG Oldenburg die Bs eines Nacherben gegen einen Beschluß, durch den das AG die Einziehung eines dem Vorerben erteilten Erbscheins angeordnet hatte, mit Recht für unzulässig erachtet[10]. Der Bf hatte hier sehr wohl ein eigenes Recht behauptet, nämlich seine Nacherbenanwartschaft. Diese stand ihm vielleicht sogar wirklich zu. Nur konnte die angefochtene Verfügung nicht in das Nacherbenrecht eingreifen. Denn dieses ist vor Eintritt des Nacherbfalls nicht selbständig ausweisbar. Es kann nur dadurch beeinträchtigt werden, daß das Recht des Vorerben ohne die Nacherbenanwartschaft oder unter Hinweis auf das

---

8 Man mag hier mit Lüke, AöR 84, 221 von einer "qualitativ begrenzten Schlüssigkeitsprüfung" sprechen, die L. aber nur bei der verwaltungsgerichtlichen Verpflichtungsklage für angebracht hält. Bei der Bsbefugnis will L. vielmehr eine echte, allerdings "quantitativ" auf das "Recht" beschränkte Schlüssigkeitsprüfung vornehmen.

9 Vgl. oben VI 1 a (S. 75 ff.).

10 OLG Oldenburg, DNotZ 1958, 263.

Nacherbenrecht eines Dritten ausgewiesen wird, nicht aber dadurch, und zwar nicht einmal in abstracto, daß der dem Vorerben erteilte Erbschein eingezogen wird. In einem solchen Fall kann die bloße Rechtsansicht des Bf, daß ein Eingriff vorliege, die Bs nicht zulässig machen.

b) Es zeigt sich also - was häufig übersehen wird[11] -, daß das "Recht" i.S. des § 20 I FGG mit dem Beschwerderecht nicht identisch ist. Das Recht braucht für die Zulässigkeit nur behauptet zu werden; das Bsrecht muß wirklich und nicht nur nach Ansicht des Bf bestehen. Der Bf kann ein Bsrecht haben, aber kein Recht i.S. des § 20 I: dann ist die Bs unbegründet. So lag es im Apothekenfall[12], im Hundeasylfall[13], im 1. Kommorientenfall[14] und in den vom LG Berlin entschiedenen Fällen[15]. Umgekehrt kann der Bf ein Recht i.S. des § 20 I wirklich oder wenigstens nach seiner Behauptung haben, aber kein Bsrecht, wenn er nämlich keine Rechtsverletzungsbehauptung aufstellen kann: dann ist die Bs unzulässig. So lag es in dem vom OLG Oldenburg entschiedenen Nacherbenfall und auch in dem vom KG entschiedenen Fall, in dem es die weitere Bs der Witwe als unzulässig verworfen hat, nachdem das LG auf ihre erste Bs die Einziehung des den Brüdern erteilten gemeinschaftlichen Teilerbscheins angeordnet hatte[16]. Die Witwe hatte auch vor dem KG sehr wohl die Behauptung aufgestellt, daß ihr ein Recht i.S. des § 20 I zustehe; denn sie hatte geltend gemacht, sie sei Alleinerbin; vielleicht war sie es sogar wirklich. Sie hatte aber nicht behaupten können, daß die angefochte-

---

11 Z.B. in BGH LM Nr. 8 zu § 9 LwVG, vgl. dazu unten c (S. 108); KG OLGE 6, 344 (345 f.), vgl. dazu unten VIII (S. 114); JR 1953, 423, vgl. oben V 4 a (S. 62 ff) und VI 3 c (S. 86 f.); OLG Celle, DNotZ 1956, 659 ff., vgl. oben V 1 c (S. 58 f.); OLG Rostock JFG 2, 231 (232 f.), vgl. unten 3 (S. 110 f.); vom LG in OLGE 40, 114 bezüglich des Erbrechts, falls es behauptet war, vgl. unten IX 3 a (S. 125 f.); ferner von Jansen, § 20 Anm. 2.
12 Vgl. oben V 4 b (S. 65 ff.) und VI 3 b aa (S. 83 f.).
13 Vgl. oben V 4 a (S. 62 ff.) und VI 3 c (S. 86 f.).
14 Vgl. oben IV 3 a (S. 47 ff.) und VI 3 d (S. 87 ff.).
15 Vgl. oben VI 4 (S. 90 ff.).
16 OLGZ 1966, 74, vgl. oben VI 4 d (S. 95 ff.).

ne E in ihr Erbrecht eingreife, weil in das eigene Erbrecht nicht einmal in abstracto durch die Einziehung eines Erbscheins, der das Erbrecht eines anderen ausweist, eingegriffen werden kann. Die Witwe war nicht beschwert, wie das KG zutreffend sagt[17].

Und nicht anders liegt es, wenn sich der Pächter mit der Bs gegen die Genehmigung eines Grundstückskaufvertrages wendet, ein Fall, den der BGH zur Stützung seiner These anführt, die Bs sei unzulässig, wenn sich aus dem Sachvortrag des Bf ergebe, daß er durch die angefochtene E nicht beeinträchtigt sein könne[18]: dem Pächter fehlt es nicht an einem Recht i.S. des § 20 I FGG - er hat sein Pachtrecht wirklich oder hat es wenigstens behauptet - , aber die Genehmigung des Grundstücksverkaufs ist in abstracto nicht geeignet, in dieses Pachtrecht einzugreifen; es bleibt von der Genehmigung "unberührt"[19,20]. Die Frage, ob die angefochtene Verfügung rechtmäßig oder rechtswidrig ist, ist daher unerheblich.

c) Jetzt wird verständlich, was der BGH mit seiner "Schlüssigkeitstheorie"[21] gemeint haben könnte. Ein Vorbringen

---

17 Und zwar war die Witwe nicht nur formell nicht beschwert, weil ihre erste Bs Erfolg gehabt hatte, sondern auch materiell nicht. Hätte z.B. das AG von sich aus den Teilerbschein eingezogen und hätte die Witwe hiergegen Bs eingelegt, so hätte es nicht an einer formellen, wohl aber ebenfalls an einer materiellen Beschwer gefehlt. In einem falschen Sinne sprechen dagegen das OLG Celle (vgl.Note 11) und das KG in JFG 18, 164 (166 f.) von Beschwer. Vgl. auch unten 4 (S. 111 ff.).

18 BGH MDR 1963, 39.

19 Hierher gehört auch der oben VI 5 b (S. 99 ff.) erwähnte Fall, in dem der durch vertragliches Veräußerungsverbot geschützte Dritte gegen die Genehmigung des verbotswidrig geschlossenen Grundstücksveräußerungsvertrages Bs eingelegt hatte.

20 Ähnliche Fälle aus der Rechtsprechung:
a) falsch entschieden (Bs unbegründet)
KGJ 49 A 41 (45); 49 A 83 (84); KG JFG 4, 129 (130); 12, 122 (124); 12, 143 (144); 16, 195 (196); 16, 314 (315); 17, 214 (217); OLG München JFG 23, 154 (157);
b) richtig entschieden (Bs unzulässig)
KGJ 33 A 140 (141); 34 A 166 (167); wohl auch 39 A 308 (das KG billigt die Annahme des LG); OLG Karlsruhe OLGE 44, 179.

21 Vgl. oben V 1 b (S. 56 ff.).

kann aus zwei Gründen unschlüssig sein: entweder weil es in concreto nicht ausreicht, die begehrte und in abstracto denkbare Rechtsfolge zu stützen; oder weil es eine derartige Rechtsfolge überhaupt nicht gibt. Im zweiten Fall kann der Kläger (Bf) in tatsächlicher Hinsicht vorbringen, was er will, sein Vortrag wird immer unschlüssig bleiben. Sollte der BGH mit der Bemerkung, daß der Bf nach seinem Sachvortrag gar nicht in einem Recht beeinträchtigt sein könne, nur die Fälle der zweiten Art gemeint haben[22], so könnte ihm insoweit wenigstens im Ergebnis gefolgt werden. Der Mangel liegt hier jedoch nicht beim Sachvortrag, d.h. nicht auf der Tatbestandsseite der Norm, sondern auf der Rechtsfolgeseite: es gibt ein Recht wie das beanspruchte in abstracto nicht, oder es gibt es zwar, aber eine Verfügung wie die angefochtene kann in abstracto nicht in dieses Recht eingreifen.

Ist das behauptete Recht aber denkbar und könnte die angefochtene Verfügung es rein theoretisch beeinträchtigen, so ist die Bs zulässig, ohne daß der Tatsachenvortrag des Bf schlüssig zu sein braucht. Leider hat der BGH auch einen Fall dieser Art nach seiner "Schlüssigkeits"-theorie behandelt[23]:

> Das Landwirtschaftsgericht hatte dem durch Erbvertrag bestimmten Hoferben ein Hoffolgezeugnis erteilt. Hiergegen legte der aus einem vor dem Erbvertrag geschlossenen, aber zu Lebzeiten des Erblassers nicht mehr grundbuchmäßig vollzogenen Hofübergabevertrag Begünstigte Bs mit dem Ziel der Einziehung ein und machte geltend, er sei Hoferbe geworden. Der BGH erachtete diese Bs mangels Bsbefugnis für unzulässig, weil die Rechtsansicht des Bf, er sei Hoferbe geworden, nicht vertretbar sei. Der Bf habe die rechtliche Bedeutung

22 Also Fälle mit dem negativen Ergebnis der von Lüke, AöR 84, 221 so genannten "qualitativ begrenzten Schlüssigkeitsprüfung".
23 LM Nr. 8 zu § 9 LwVG.

eines Hofübergabevertrages verkannt. Wenn der Hofübergabevertrag zu Lebzeiten des Erblassers noch nicht durch dingliche Übertragung vollzogen worden sei, so werde der Übernehmer mit dem Tode des Übergebers nicht Hoferbe, sondern erwerbe nur einen Verschaffungsanspruch gegen den gesetzlichen oder gewillkürten Hoferben. Dieser Verschaffungsanspruch werde aber durch das Hoffolgezeugnis nicht unmittelbar beeinträchtigt.

Der BGH hätte diese Bs für zulässig, aber unbegründet erachten sollen. Denn der Bf hatte ein Hoferbrecht für sich beansprucht, und das den Beschwerdegegner ausweisende Hoffolgezeugnis war geeignet, ihn in diesem behaupteten Recht zu verletzen[24]. Nur hatte der Bf in Wirklichkeit kein Hoferbrecht, in dem er verletzt sein konnte. Auf den dem Bf möglicherweise zustehenden Verschaffungsanspruch kam es für die Zulässigkeit nicht an, weil der Bf ihn nicht behauptet hatte.

Entgegen der Meinung des BGH ist es also gleichgültig, ob die Ansicht, mit der der Bf das von ihm behauptete Recht begründet, vertretbar ist oder nicht. Der Vortrag des Bf kann sogar offensichtlich unschlüssig sein.

3. Der Einwand, der Kreis der beschwerdeberechtigten Personen werde ungebührlich erweitert, wenn man sich für die Zulässigkeit der Bs mit der bloßen oder sogar offensichtlich unschlüssigen Behauptung eines Rechts begnüge, ist schließlich nicht schwerwiegend, weil das Beschwerdegericht bei der Begründetheit ja noch vor Prüfung der objektiven Rechtmäßigkeit der angefochtenen E feststellen kann, daß dem Bf das behauptete Recht nicht zustehe, weshalb die Bs schon aus diesem Grunde unbegründet sei. Wenn etwa, um ein ganz krasses Beispiel zu bilden, der Nachbar oder der

---

24 Der Fall lag prinzipiell nicht anders als in BGH MDR 1963, 39, wo der BGH die Bsbefugnis im Ergebnis mit Recht bejaht hat. Nur im Ergebnis richtig auch BGH MDR 1963, 396.

Schwiegersohn gegen die Erteilung des Erbscheins, der die Witwe des Erblassers als Alleinerbin ausweist, Bs einlegt, mit der er die Formgültigkeit des Testaments leugnet, und die völlig aus der Luft gegriffene Behauptung aufstellt, er, der Nachbar, sei daher Erbe, bzw. er, der Schwiegersohn, sei daher gesetzlicher Erbe, so ist die Bs zwar zulässig. Gleichwohl braucht das Gericht die Formgültigkeit des Testaments nicht zu prüfen, weil es - und zwar bei der Begründetheit - feststellen kann, ein Erbrecht des Nachbars bzw. des Schwiegersohnes komme unter keinem Gesichtspunkt infrage.

In einem vom OLG Rostock entschiedenen Fall[25] hatte die Hauptversammlung die Auflösung der Aktiengesellschaft beschlossen und B und P zu Liquidatoren bestellt. P lehnte die Annahme des Amtes ab. Auf Antrag einer Aktionärsminderheit berief daraufhin das AG den B als Liquidator ab und bestellte T zum Notliquidator. Hiergegen legte B Beschwerde ein.

Soweit es sich um die Ernennung des Notliquidators T handelt, führt das OLG aus, daß nur die Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand, in ihren Rechten beeinträchtigt sein könne, nicht aber der Bf als gewählter Liquidator in seinen Rechten. Es hat dessen erste Bs bezüglich dieses ersten prozessualen Begehrens daher - wohl mit Recht - für unzulässig erachtet[26]. Anders steht es aber mit der Abberufung des B. Diese greift unmittelbar in die Rechte des abberufenen Liquidators ein. B hatte auch die Behauptung aufgestellt, er sei Liquidator gewesen. Sein Vortrag war allerdings nach Ansicht des OLG nicht schlüssig. Das Gericht meinte nämlich, die von der Hauptversammlung gewählten Liquidatoren B und P hätten nur gemeinschaftlich handeln sollen. Da P sein Amt abgelehnt habe, sei auch die

25 JFG 2, 231.

26 Und daraus den Schluß gezogen, daß die weitere Bs unzulässig sei. Diese Schlußfolgerung war nur richtig, wenn das LG - was aus der E nicht ersichtlich ist - die erste Bs als in der Sache selbst unbegründet zurückgewiesen

Wahl des B hinfällig gewesen. Sei B aber niemals Liquidator gewesen, so habe die Abberufung nicht in seine Rechte eingreifen können. Das OLG hat die erste Bs daher auch insoweit für unzulässig erachtet[26].

Das war aber nicht richtig. Selbst wenn man den (unstreitigen) Vortrag des B für offensichtlich unschlüssig hält, war die Bs aufgrund der bloßen Behauptung des B, er sei Liquidator, zulässig. Nur war er ohne Rücksicht auf die objektive Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung nicht wirklich in seinen Rechten verletzt, weil ihm die Stellung eines Liquidators aus Rechtsgründen nicht zustand. Die erste Bs war daher unbegründet.

4. Man mag die in diesem Kapitel behandelte "abstrakte Eignung der Verfügung, in das behauptete und in abstracto denkbare Recht des Bf einzugreifen", als (materielle) Beschwer bezeichnen. Nur ist diese nicht identisch mit dem, was Baur als materielle Beschwer, als "Minus im Recht" bezeichnet[27] und was wohl weithin darunter verstanden wird[28]. Insbesondere ist sie nicht das, was von der konkreten Rechtsverletzung übrigbleibt, wenn man die Unrichtigkeit der angefochtenen Verfügung ausklammert, also der wertneutrale Eingriff in das konkrete Recht des Bf, gleichgültig, ob dieses Recht als wirklich vorhanden oder nur als schlüssig dargelegt gefordert wird. Vielmehr ist sie ein abstrakter Nachteil, der unabhängig davon ist, ob der konkrete Bf das behauptete Recht hat oder nicht, und der auch von der konkreten Verfügung unabhängig ist. So war

---

Forts. Note 26 von S. 110:
hatte, vgl. unten XI 2 (S. 135 ff.). Hatte dagegen bereits das LG das Bsrecht verneint, so war die weitere Bs insoweit zulässig, aber unbegründet, vgl. unten XI 1 (S. 133 ff.).

27 Baur, Lehrbuch § 29 A III 1 (S. 318).

28 Vgl. die Nachweise bei Kamm, Beschwerdebefugnis S. 63. Dort sind auch die in der Literatur üblichen Umschreibungen für die materielle Beschwer aufgeführt.

z.B. in dem Fall des OLG Rostock der B, obwohl er nicht Liquidator war, durch die Abberufung beschwert, weil eine gerichtliche Abberufung in abstracto in die Rechtsstellung eines gewählten Liquidators eingreift.

Vielleicht kann ein physikalischer Vergleich das hier und in Kap. VI 1 a Gesagte veranschaulichen. Man setze a) ein wirklich vorhandenes Recht mit einem tatsächlich vorhandenen Eimer voll Wasser gleich, b) ein schlüssig behauptetes Recht mit einem wirklich vorhandenen leeren Eimer, gedacht voll Wasser, und c) ein schlechthin behauptetes Recht mit einem nur gedachten Eimer voll Wasser. Die Verfügung verkörpere man durch einen nach unten gestreckten Arm mit greifender Hand. Wem der Eimer gehört, also die Rechtmäßigkeitsfrage, sei unerheblich. Jetzt bestehen folgende Möglichkeiten:

(1) a) Hält man die Hand 10 cm über den Mittelpunkt des Bodens des tatsächlich vorhandenen Eimers voll Wasser, so greift sie wirklich in das Wasser: das ist der wirkliche Eingriff in ein vorhandenes Recht. b) Hält man die Hand in derselben Höhe über den Boden des zweiten Eimers, so liegt kein wirklicher, sondern nur ein gedachter Eingriff ins Wasser vor, denn es ist ja kein Wasser da: das ist der behauptete Eingriff in ein schlüssig behauptetes Recht. c) Hält man die Hand in derselben Höhe über den Boden des nur gedachten Eimers, so greift sie erst recht nicht wirklich ins Wasser: das ist der behauptete Eingriff in ein schlechthin behauptetes Recht.

In allen drei Fällen ist die Bs nach hier vertretener Ansicht zulässig, weil die Verfügung jedesmal in abstracto geeignet ist, in das behauptete Recht einzugreifen: die Hand ist in dieser Stellung in abstracto geeignet, in einen darunter stehenden Eimer voll Wasser zu greifen.

(2) Hält man die Hand dagegen 1 m über den Mittelpunkt des

Eimerbodens, so ist sie in abstracto nicht geeignet, in einen darunter stehenden Eimer voll Wasser zu greifen, gleichgültig, ob der Eimer wirklich da und ob er mit Wasser gefüllt ist oder nicht. Das allein sind die Fälle, in denen die Bs unzulässig ist, während die Vertreter der Schlüssigkeitstheorie sie auch im Falle 1 c) und Jansen sie auch in den Fällen 1 b) und 1 c) für unzulässig erachten würden. Die abstrakte Beschwer ist aber gegeben, sobald sich die Hand weniger als z.B. 25 cm über dem Eimerboden, also unter der wirklichen oder gedachten Wasseroberfläche befindet.

Kapitel VIII

Die teilweise zulässige Bs

Oben wurde kritisiert, daß das KG eine Bs in bezug auf bestimmtes Vorbringen für zulässig, in bezug auf anderes dagegen für unzulässig erachtet hat[1]. Dort hatte nämlich der Bf nur ein einziges Recht behauptet.

Es gibt indessen Fälle, in denen eine Bs, die nur ein einziges prozessuales Begehren zum Inhalt hat, teils zulässig und teils unzulässig sein kann. Hier ein Beispiel[2]:

> Ein rechtsfähiger Verein war in Liquidation getreten. Die Mitgliederversammlung wählte P und G sowie das bisherige Vorstandsmitglied (Direktor) S zu Liquidatoren. Später setzte der Polizeipräsident den S von seinem Amt als Direktor und Liquidator ab. Daraufhin ernannte der Verwaltungsrat den F anstelle von S zum Direktor; die Mitgliederversammlung wählte alsdann F zum dritten Liquidator. Da das RG in einem Prozeß u.a. den (wohl schwierigen) Nachweis verlangte, daß die Mitgliederversammlung F, P und G mit 2/3-Mehrheit zu Liquidatoren gewählt habe, ernannte das AG P und G auf Antrag des Verwaltungsrats zu Notliquidatoren. Hiergegen legte S in seiner Eigenschaft als Direktor und Vereinsmitglied Bs ein.
>
> Das KG erachtete diese erste Bs - soweit ersichtlich - <u>für unbegründet</u>[3], und zwar mangels Bsbefugnis. Es führte zunächst aus, S habe als Vereinsmitglied kein Bsrecht, weil es ausschließlich Sache des Vorstandes sei, gegen eine etwa rechtswidrige

---

1 Vgl. oben VI 3 d (S.89).
2 Fall KG OLGE 6, 344.
3 Es heißt in der E: "Sie (sc. S und ein weiterer Bf) wurden zurückgewiesen (sc. mit der ersten Bs). Auch ihre weitere Bs blieb erfolglos.

Bestellung von Notliquidatoren vorzugehen. Dagegen müßte dem S eine Bsbefugnis zugestanden werden, wenn er erst durch die gerichtliche Ernennung der Liquidatoren zu Unrecht aus seiner Stellung als Vorstandsmitglied verdrängt worden wäre. Dann hätte der Beschluß des AG unmittelbar in seine Rechtssphäre eingegriffen. Diese Befugnis lasse sich aber nicht durch seine bloße Behauptung dartun, daß er das Amt des Vorstands in dem maßgebenden Zeitpunkt bekleidet habe; vielmehr müsse die behauptete Eigenschaft auch erwiesen werden. Sie sei aber nicht gegeben, weil S bereits durch die zweite Mitgliederversammlung aus seinem Amt als Vorstandsmitglied abberufen worden sei. Denn die Mitgliederversammlung habe F anstelle von S zum Liquidator gewählt und damit S auch als Vorstandsmitglied abberufen wollen.

Die E des KG ist im ersten Teil prozessual in der Begründung richtig, im zweiten Teil prozessual im Ergebnis richtig und in der Begründung falsch. Das KG verneint unter beiden Gesichtspunkten die Bsbefugnis, unter dem zweiten jedoch zu Unrecht.

S hatte die bloße Behauptung aufgestellt, er sei Vorstandsmitglied. Dieses Organrecht gibt es nach dem Gesetz, und es hätte dem S in abstracto noch zustehen können. Die Bestellung von Notliquidatoren ist auch geeignet, in dieses Organrecht einzugreifen, so daß S beschwert war. Schließlich hatte S behauptet, die Bestellung sei rechtswidrig. Mit dieser Rechtsverletzungsbehauptung war seine Bs insoweit zulässig. Die Behauptung erwies sich aber, ohne daß es auf die objektive Rechtmäßigkeit der angefochtenen E ankam, als unbegründet, weil S nach Ansicht des KG kein Organrecht mehr hatte. Die Vertreter der reinen Schlüssigkeitstheorie hätten seine Bs (auch) insoweit für unzulässig erachten müssen. Nach richtiger Ansicht war sie inso-

weit unbegründet, aber nicht mangels Bsbefugnis des S, wie das KG meint, sondern mangels verletzten Rechts.

Soweit S die Bs dagegen als Vereinsmitglied eingelegt hatte, war sie unzulässig. Er hatte zwar auch hier die Behauptung aufgestellt, ihm stehe ein Recht i.S. des § 20 I FGG zu, nämlich das Mitgliedschaftsrecht, und dieses stand ihm wohl auch wirklich zu. Die angefochtene E war aber in abstracto nicht geeignet, in dieses Recht einzugreifen. Dem S fehlte daher insoweit die Bsbefugnis.

In Fällen dieser Art, in denen der Bf zwei verschiedene Rechte behauptet, von denen nur eins verletzt sein kann[4], wird man die Bs im Tenor gleichwohl nur einheitlich als unbegründet zurückweisen dürfen[5], bzw. man wird ihr nur einheitlich stattgeben können. Denn die Bs hat nur ein einziges prozessuales Begehren zum Inhalt, das nicht teilbar ist.

---

4 Vgl. auch das Beispiel unten IX 3 a (S. 124 ff.).
5 KG und LG haben die erste Bs daher im Ergebnis mit Recht insgesamt für unbegründet erachtet.

Kapitel IX

Das Erfordernis der Kongruenz von Rechtsverletzung und Rechtsverletzungsbehauptung

1. In ganz seltenen Fällen kann der Bf zur Stützung eines einzigen prozessualen Begehrens zwei einander ausschließende und im Eventualverhältnis stehende Rechtsverletzungsbehauptungen aufstellen. Hier ein lehrreiches Beispiel[1]:

> Der Erblasser war in erster Ehe mit A verheiratet. A hatte eine uneheliche Tochter St in die Ehe mitgebracht. Aus der Ehe gingen eine Tochter T und ein Sohn S hervor. 1907 errichteten die Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzten und bestimmten: "Nach dem Tode des überlebenden Ehegatten sollen unsere Abkömmlinge nach Maßgabe des § 1924 BGB als Nacherben eintreten. Jedoch sollen für den Vorerben die Befreiungen gemäß § 2136 BGB gelten."
>
> S fiel 1914 kinderlos.
>
> Nach dem Tode der A heiratete der Erblasser die B. In einem Testament aus dem Jahre 1929 setzte er B zu seiner alleinigen Erbin ein und hob "alle etwa vorhandenen letztwilligen Verfügungen" auf.
>
> Nach dem Tode des Erblassers erteilte das AG auf Antrag der Stieftochter St aufgrund des Testaments von 1907 einen Erbschein des Inhalts, daß sie und die Tochter T Erben (des Erblassers) zu je 1/2 seien.
>
> T war der Meinung, das Testament von 1907 habe überhaupt keine Verfügungen über den Nachlaß des überlebenden Ehegatten enthalten, so daß sie nicht

---

1 Fall OLG München JFG 15, 246.

Miterbin, sondern B aufgrund des Testaments von 1929 Alleinerbin geworden sei. Das von ihr im Beschwerdewege angerufene LG teilte ihre Auffassung und wies das AG an, den gemeinschaftlichen Erbschein einzuziehen.

a) Die Bs der T war zulässig. Allerdings war sie das nicht, wie das OLG München annimmt[2], weil T ein "Recht auf ordnungsmäßige Sachbehandlung" hatte[3]. Vielmehr hatte sie das jedermann zukommende allgemeine Freiheitsrecht (Art. 2 I GG)[4], zu dem es auch gehörte, daß ihr keine speziellen Rechte zugeschrieben wurden, die ihr in Wirklichkeit nicht zustanden, mindestens nicht solche, die - wie hier das Erbrecht - auch mit Nachteilen wie der Erbenhaftung (§ 2058 BGB) verbunden sind[5]. Die Rechtsbehauptung der T war negativ: sie

---

2 aaO S. 249.

3 Mit diesem "Recht auf ordnungsmäßige Sachbehandlung" wird die Zulässigkeit der Bs in einem solchen Fall auch begründet in OLG München JFG 13, 348 (351). Dagegen mit Recht Kamm, Beschwerdebefugnis S. 76 Note 69.
Ein Recht auf ordnungsmäßige Sachbehandlung wird abgelehnt in BGHZ 1, 267 (269); LM Nr. 5 zu § 23 LVO; ferner von Baur, Lehrbuch § 29 A III 3 (S. 324 ff.); Jansen, § 20 Anm. 1; Kamm, aaO S. 110 ff. und JuS 1961, 148 ff. Die Frage ist sehr strittig.

4 Darüber, daß auch das allgemeine Freiheitsrecht ein Recht i.S. des § 20 I FGG ist, vgl. Kamm, aaO S. 49 f..

5 Der BGH bejaht in einem Falle dieser Art ebenfalls die Bsbefugnis: BGHZ 30, 261 (263) = NJW 1960, 142 mit insoweit ablehnender Anmerkung von Bärmann. Der BGH sieht das Problem aber nicht unter dem Gesichtspunkt der Beeinträchtigung des allgemeinen Freiheitsrechts, wenn er meint, der Bf erlange durch die Einziehung eine ungünstigere Rechtsstellung. - Kamm, aaO S. 75 f. zieht in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich das allgemeine Freiheitsrecht heran, weist aber zutreffend auf die Erbenhaftung hin. Weniger brauchbar erscheint seine andere Begründung, der Erbscheinserbe mache sich gegenüber dem wirklichen Erben haftbar, wenn er zugunsten Dritter gemäß § 2366 BGB wirksam über Nachlaßgegenstände verfüge: die Haftung entsteht durch die neue Ursache der Verfügung, nicht unmittelbar durch den unrichtigen Erbschein.

behauptete, kein Erbrecht zu haben, also durch den Erbschein in ihrem allgemeinen Freiheitsrecht rechtswidrig beeinträchtigt zu sein. Ihre Rechtsverletzungsbehauptung erwies sich auch als begründet, weil T nach Ansicht des LG nicht Erbin war. Das LG hat also der Bs prozessual mit Recht stattgegeben.

Wäre das LG dagegen zu der Auffassung gelangt, das Testament von 1907 habe auch Verfügungen über den Nachlaß des überlebenden Ehegatten enthalten, so hätte es die Bs zurückweisen müssen. Denn in diesem Fall wäre das Testament von 1929 gemäß § 2271 II BGB unwirksam gewesen. Dann wäre die Bfin T entweder - wie es der Erbschein auswies - Erbin zu 1/2 gewesen: wenn man nämlich auch die Stieftochter zu "unseren Abkömmlingen" im Sinne des Testaments von 1907 rechnete. Oder aber die Bfin wäre Alleinerbin gewesen: wenn nämlich nach dem Tode des Erblassers nur dessen leibliche Abkömmlinge erben sollten. Dann wäre der Erbschein unrichtig gewesen. Das LG mußte es jedoch offenlassen, welche Auslegung richtig war; denn die Bfin wäre auch dann und erst recht nicht in ihrem allgemeinen Freiheitsrecht verletzt gewesen, wenn sie nicht nur Erbin zu 1/2, sondern sogar Alleinerbin war. Ihre Rechtsverletzungsbehauptung = negative Erbrechtsbehauptung erwies sich jedenfalls als unbegründet. Der gemeinschaftliche Erbschein hätte bestehenbleiben müssen, selbst wenn er unrichtig gewesen wäre.

b) Nun hatte die Bfin aber eine zweite Rechtsverletzungsbehauptung aufgestellt. Sie hatte nämlich geltend gemacht, falls das Testament von 1907 maßgebend sei, so sei sie Alleinerbin, weil unter den "nach Maßgabe des § 1924 BGB berufenen Abkömmlingen" nur die leiblichen Kinder des jeweiligen Ehegatten zu verstehen seien. Der gemeinschaftliche Erbschein sei also auch aus diesem Grunde unrichtig.

Das ist eine Rechtsverletzungsbehauptung = positive Erbrechtsbehauptung, die mit der ersten (scheinbar) in Wider-

spruch steht. Denn T kann nicht gleichzeitig behaupten, überhaupt nicht Erbin und Alleinerbin zu sein. Offenbar standen aber die beiden Behauptungen im Eventualverhältnis: die zweite sollte nur für den Fall aufgestellt werden, daß sich die erste als unbegründet erwies. Das LG war daher bei der Prüfung an eine bestimmte Reihenfolge gebunden. Da es zu dem Ergebnis kam, daß das Testament von 1907 überhaupt nicht maßgebend, folglich die Witwe Alleinerbin war, erwies sich die erste Rechtsverletzungsbehauptung als begründet, und über die zweite brauchte, da sie hinfällig war, nicht entschieden zu werden. Das LG hätte aber nicht etwa die Maßgeblichkeit des Testaments von 1907 offenlassen und ausführen dürfen, jedenfalls wäre nach diesem Testament die Bfin Alleinerbin, so daß der gemeinschaftliche Erbschein auf jeden Fall unrichtig sei; denn dann wäre unklar geblieben, welche der beiden Rechtsverletzungsbehauptungen das LG als begründet ansah, d.h. ob es über den prinzipalen oder den eventuellen Verfahrensgegenstand entschied.

Bejahte das LG dagegen die Maßgeblichkeit des gemeinschaftlichen Testaments und kam es dann zu dem Ergebnis, daß die Bfin Alleinerbin war, so hätte es ebenfalls das AG anweisen müssen, den Erbschein einzuziehen, weil die Bfin dann mit ihrer eventualiter aufgestellten Rechtsverletzungsbehauptung (positiven Erbrechtsbehauptung) durchdrang. Das LG hätte aber nicht etwa die Bs im übrigen zurückweisen dürfen mit der Begründung, die principaliter aufgestellte Rechtsverletzungsbehauptung (negative Erbrechtsbehauptung) habe sich als unbegründet erwiesen. Denn über ein einziges prozessuales Begehren kann im Tenor nur eine einheitliche Entscheidung ergehen[6].

2. Anhand dieses Falles läßt sich eine wichtige Erkenntnis gewinnen: Wird mit der Bs die Einziehung eines Erbscheins

---

6 Vgl. oben VIII a.E. (S. 116).

begehrt, so ist der Erfolg des Rechtsmittels bei gleicher materieller Rechtslage verschieden, je nachdem, welche Rechtsverletzungsbehauptung der Bf aufgestellt hat.

a) Hat er behauptet, er sei Erbe und an seiner Stelle sei - ganz oder teilweise - ein anderer zu Unrecht als Erbe im Erbschein aufgeführt, so

aa) hat die Bs Erfolg, wenn dem Bf das nicht ausgewiesene behauptete Erbrecht ganz oder teilweise zusteht,

bb) wird die Bs zurückgewiesen, wenn der Bf

a') nur in dem Umfang, in dem er ausgewiesen ist, oder

b') nur in geringerem Umfang als in dem ausgewiesenen oder

c') überhaupt nicht Erbe ist,

obwohl im Falle b') und möglicherweise[7] im Falle c') der Erbschein unrichtig ist; aber der ein eigenes - beanspruchtes - Erbrecht ausweisende Erbschein verletzt nicht das tatsächlich nur in geringerem Umfang oder gar nicht bestehende Erbrecht.

Der andere muß "an der Stelle des Bf" aufgeführt sein. Hat das AG einen Teilerbschein des Inhalts erteilt, daß A zur Hälfte Erbe sei, so kann B nicht die Einziehung erreichen, wenn er behauptet, zur anderen Hälfte Erbe zu sein.

b) Hat der Bf behauptet, ihm stehe das durch den Erbschein ausgewiesene Erbrecht ganz oder teilweise nicht zu, so

aa) hat die Bs Erfolg, wenn ihm das geleugnete Erbrecht wirklich nicht oder nicht in dem ausgewiesenen Umfang zusteht,

bb) wird die Bs zurückgewiesen, wenn dem Bf das geleugnete Erbrecht in Wirklichkeit

---

7 Nämlich wenn der Bf als Miterbe im Erbschein aufgeführt ist.

a') in dem ausgewiesenen Umfang oder
b') in noch weiterem Umfang zusteht,
obwohl jedenfalls ein Vollerbschein im Falle b') unrichtig wäre.

Hier ein Beispiel:

In dem Erbschein sind A und B als Erben zu je 1/2 aufgeführt. Das LG kommt zu dem Ergebnis, daß A zu 3/4 und B zu 1/4 Erbe ist.

Hatte A die Bs mit der positiven Behauptung eingelegt, er sei Alleinerbe oder Erbe zu 3/4, so ordnet das LG die Einziehung an. Hatte er die Bs mit der negativen Behauptung eingelegt, er sei überhaupt nicht oder nur zu 1/4 Erbe, so weist es die Bs zurück, obwohl der Erbschein unrichtig ist.

Hatte umgekehrt B die Bs mit der positiven Behauptung eingelegt, er sei Alleinerbe oder Erbe zu 3/4, so weist das LG die Bs zurück. Hatte B behauptet, er sei nicht oder nur zu 1/4 Erbe, so ordnet das LG die Einziehung an.

Man kann daher die Formel aufstellen: Wird der Bf durch den Erbschein in seinem Erbrecht verletzt, so kann der Bs nicht stattgegeben werden, wenn der Bf - auch nach einem Hinweis des Gerichts - nur sein Freiheitsrecht behauptet. Wird der Bf durch den Erbschein in seinem Freiheitsrecht verletzt, so kann der Bs nicht stattgegeben werden, wenn der Bf nur sein Erbrecht behauptet. Die Rechtsverletzung muß also der Rechtsverletzungsbehauptung entsprechen, wenn die Bs durchdringen soll. Hieran zeigt sich die große praktische Bedeutung der Rechtsverletzungsbehauptung. Sie ist nämlich nicht nur Zulässigkeitsvoraussetzung, sondern sie bestimmt zugleich den Verfahrensgegenstand. Diesen darf das Beschwerdegericht nicht überschreiten.

Einen lehrreichen Fall dieser Art hatte das LG Berlin zu

entscheiden[8].

> Der Erblasser hatte 6 Töchter. In seinem Testament hat er zu gleichen Teilen seine Ehefrau und diejenigen seiner Töchter bedacht, die im Zeitpunkt seines Todes noch unverheiratet sein würden; nach dem Tode der Witwe sollte deren Anteil unter gewissen - unklaren - Voraussetzungen an die Töchter fallen.
>
> Auf Antrag der einzigen noch ledigen Tochter A erteilte das AG einen Erbschein des Inhalts, daß seit dem Tode der Witwe die A zu 7/12 und die übrigen 5 Töchter zu je 1/12 Erben seien.
>
> Später beantragte A, den Erbschein dahingehend "abzuändern", daß alle 6 Töchter zu je 1/6 Erben seien. Das AG lehnte ab. Hiergegen legten alle Töchter Bs ein.
>
> Das LG faßte die Bs dahin auf, daß die Einziehung des Erbscheins und die Erteilung eines neuen begehrt werde. Es kam zu der Auffassung, daß bezüglich des Anteils der Witwe eine Nacherbfolge nicht eingetreten sei. Erben seien daher A und die Witwe zu je 1/2. Hinsichtlich der Einziehung gab es allen Beschwerden statt, da der Erbschein unrichtig sei. Hinsichtlich des neuen Erbscheinantrages wies es alle Beschwerden zurück.

Die E ist bezüglich der Einziehung prozessual teilweise unrichtig.

A hatte die Rechtsbehauptung aufgestellt, sie sei nicht zu 7/12, sondern nur zu 1/6 Erbin und sei folglich in ihrem Freiheitsrecht verletzt. Ihre Bs war daher zulässig. Dem stand nicht entgegen, daß der Erbschein auf ihren Antrag erteilt worden war[9], daß sie früher also ein Erbrecht zu

---

8 LG Berlin, Beschluß vom 19.6.1966 - 83 T 435.66 -, n.v..
9 KG NJW 1960, 1158 gegen dort erwähnte abweichende Ansichten (insbesondere Baur, Lehrbuch § 29 A III 2 e (S. 323) für den Parallelfall, daß der Antragsteller, dessen Antrag entsprochen worden ist, nachträglich mehr fordert; so auch

7/12 behauptet hatte. Sie durfte diese Behauptung fallenlassen. Die jetzt aufgestellte negative Rechtsbehauptung erwies sich als teilweise zutreffend, weil der A nach Ansicht des LG das geleugnete Erbrecht in Höhe von 1/12 wirklich fehlte. Auf die Bs der A hat das LG daher mit Recht die Einziehung angeordnet.

Anders steht es mit den Beschwerden der übrigen Töchter. Sie hatten behauptet, zu je 1/6, d.h. zu mehr als je 1/12 Erben zu sein. Diese positive Rechtsbehauptung erwies sich als unbegründet. Die übrigen Töchter waren also durch den unrichtigen Erbschein nicht in einem Erbrecht beeinträchtigt, und die Verletzung ihres Freiheitsrechts hatten sie nicht behauptet. Das LG hätte ihre Beschwerden daher insoweit zurückweisen müssen. Wieder hat es sich bei der Zulässigkeit - zutreffend - mit der bloßen Behauptung eines Rechts begnügt[10], bei der Begründetheit aber nur die objektive Rechtswidrigkeit der angefochtenen E, nicht die wirkliche Verletzung des behaupteten Rechts festgestellt.

3. Auch wenn zwei Behauptungen einander nicht logisch ausschließen wie diejenigen der Verletzung von Erbrecht und Freiheitsrecht, muß die wirkliche Rechtsverletzung der Rechtsverletzungsbehauptung entsprechen, wenn die Bs Erfolg haben soll.

a) Der Erblasser hatte angeordnet, daß sein Vermögen "in gerichtliche Verwaltung zu nehmen" sei. Seinem Bruder hatte er eine jährliche Rente von 1000 RM vermacht. Der Rest des Vermögens sollte "irgendeiner der für die Invaliden des jetzt tobenden Krieges oder die Hinterbliebenen der Gefallenen gegründeten Stiftungen" anheimfallen.

Das Nachlaßgericht ernannte einen Testamentsvollstrecker. Hiergegen legte der Bruder sofortige Bs

---

Forts. Note 9 von S. 123:
Kamm, Beschwerdebefugnis S.86 f.); KG JR 1967, 466.

10 Nach der Schlüssigkeitstheorie wären die Beschwerden der übrigen Töchter bezüglich der Einziehung schon unzulässig gewesen.

ein.

Das LG[11] verwarf diese Bs als unzulässig, weil der Bruder weder nach dem Testament noch aufgrund Gesetzes Erbe sei; denn in dem Testament sei entweder der Reichsmilitärfiskus oder die Nationalstiftung für Hinterbliebene der Gefallenen gültig zum Erben eingesetzt. Als bloßer Vermächtnisnehmer werde der Bf aber durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers nicht beeinträchtigt.

Die Ansicht des LG, daß einem Vermächtnisnehmer kein Bsrecht gegen die Ernennung eines Testamentsvollstreckers zustehe, soll im folgenden als richtig unterstellt werden[12]. Von diesem Ausgangspunkt aus ist die E des LG entweder im Ergebnis oder in der Begründung falsch. Das hängt davon ab, welche Rechtsbehauptung der Bf aufgestellt hatte, was aus der E nicht ersichtlich ist.

Hatte der Bf nur geltend gemacht, Vermächtnisnehmer zu sein, so war die Bs in der Tat mangels Bsbefugnis unzulässig[13], weil die Ernennung eines Testamentsvollstreckers schon in abstracto nicht geeignet sein soll, in das Recht des Vermächtnisnehmers einzugreifen. Dann waren aber Erörterungen darüber, ob der Bruder Erbe sei, überflüssig, weil er nicht behauptet hatte, in einem Erbrecht verletzt zu sein.

Hatte der Bruder dagegen - kumulativ oder eventualiter, von vornherein oder auf einen sonst erforderlichen Hinweis des Gerichts - auch behauptet, Erbe zu sein, so war die E

---

11 Fall KG OLGE 40, 114.

12 Das KG, aaO S. 115 bezeichnet diese Frage unter Hinweis auf einander widersprechende Ansichten in der Literatur als zweifelhaft. Überwiegend wird jetzt angenommen, daß dem Vermächtnisnehmer ein Bsrecht gegen die Ernennung zustehe, vgl. Jansen § 81 Anm. 1; Schlegelberger, § 81 Rdnr 4 i.V.m. Rdnr 3; wohl auch Keidel, § 20 Rdnr 48. Überzeugend ist das nicht.

13 Die Kritik des KG, aaO S. 115 ginge daher insoweit fehl.

des LG im Ergebnis falsch. Denn die Bs war dann wenigstens unter dem Gesichtspunkt der Verletzung eines Erbrechts zulässig, weil die Ernennung eines Testamentsvollstreckers in abstracto in das Erbrecht eingreift, der Bf insoweit also eine Bsbefugnis hatte. Die Bs war insoweit allerdings ohne Rücksicht auf die objektive Rechtmäßigkeit der angefochtenen E unbegründet, weil dem Bf vom Standpunkt des LG aus kein Erbrecht zustand[14]. Im Tenor hätte sie dann aber einheitlich als unbegründet zurückgewiesen werden müssen[15].

Die Bedeutung der Frage, welches Recht der Bf behauptet, tritt noch mehr hervor, wenn man ein Erbrecht des Bruders bejaht. Das KG war nämlich der Ansicht, die Erbeinsetzung in dem Testament sei nicht bestimmt genug und daher wegen Verstoßes gegen § 2065 II BGB nichtig, so daß der Bruder gesetzlicher Erbe sei. Auch hier hätte das KG die erste[16] Bs für unzulässig erachten müssen, wenn der Bruder lediglich behauptet hätte, Vermächtnisnehmer zu sein, obwohl er nach Ansicht des KG bei Unrichtigkeit der Testamentsvollstreckerernennung in seinem Erbrecht verletzt war. Nur wenn der Bruder wenigstens hilfsweise auch eine Erbrechtsverletzungsbehauptung aufgestellt hätte, hätte das KG - wie geschehen - die erste Bs für zulässig erachten und der weiteren Bs stattgeben dürfen, weil es sonst den Verfahrensgegenstand überschritten hätte. Dagegen durfte es die Bsbefugnis für die Einlegung der ersten Bs nicht mit der Begründung bejahen, dem Bf stehe in Wirklichkeit ein Erbrecht zu. Das war ausschließlich eine Frage der Begründetheit der - möglicherweise zulässigen - ersten Bs[17].

b) Im vorangehenden Fall lag es in einer seiner Varianten so, daß der Bf in dem behaupteten Recht gar nicht verletzt sein

---

14 Nach der Schlüssigkeitstheorie wäre die Bs vom Standpunkt des LG aus auch insoweit unzulässig gewesen.
15 Vgl. oben VIII a.E. (S. 116).
16 Anders steht es mit der weiteren Bs, vgl. unten XI 1 (S. 133 ff.).
17 Es ist also in sich richtig, daß das KG das wirkliche Vorhandensein des Erbrechts zur Begründetheit gerechnet hat.

konnte, während er das Recht, in dem er wirklich verletzt war, nicht behauptet hatte. Es ist jedoch auch denkbar, daß der Bf in dem behaupteten Recht zwar in abstracto verletzt sein kann, daß es ihm aber in Wirklichkeit nicht zusteht, während er in einem anderen Recht, das er nicht behauptet hat, verletzt ist. Dann ist die Bs trotz objektiver und subjektiver Rechtswidrigkeit der angefochtenen E unbegründet. Hier ein Beispiel:

> Das Nachlaßgericht hat auf Antrag des A einen Erbschein des Inhalts erteilt, daß A und B Erben je zu 1/2 seien. Hiergegen legt B Beschwerde ein, mit der er geltend macht, bezüglich des Anteils des A sei Nacherbfolge angeordnet; er, B, sei Nacherbe. Das LG kommt zu dem Ergebnis, daß zwar keine Nacherbfolge angeordnet ist, daß B aber zu 3/5 und A nur zu 2/5 Erbe ist.

Hier hat B nur die Verletzung seines Nacherbenrechts behauptet. Diese Behauptung erweist sich als unbegründet. Verletzt ist B dagegen in seinem schon jetzt bestehenden Erbrecht. Diese Verletzung hat er aber nicht behauptet.

In diesem Fall wird das LG den B fragen müssen, ob er nicht auch geltend machen wolle, in seinem Erbrecht verletzt zu sein. Lehnt B das aber ab, so muß seine Bs zurückgewiesen werden, weil das LG nicht den Verfahrensgegenstand überschreiten darf.

c) Man wird die Bs sogar dann für unbegründet erachten müssen, wenn der Bf zwar in dem von ihm beanspruchten Recht tatsächlich verletzt ist, aber in anderer Weise, als er behauptet hat. Denn der Verfahrensgegenstand wird nicht durch die Behauptung des Rechts, sondern durch die der jeweiligen Rechtsverletzung bestimmt. Man nehme folgendes Beispiel:

Das Nachlaßgericht hat auf Antrag des Testamentsvollstreckers einen Erbschein des Inhalts erteilt, daß A alleiniger Vorerbe und B Nacherbe sei und daß Testamentsvollstreckung angeordnet sei. Hiergegen legt A Bs ein, mit der er geltend macht, die Einsetzung des B zum Nacherben sei unwirksam. Das LG kommt zu dem Ergebnis, daß B Nacherbe ist, daß aber die Einsetzung des T zum Testamentsvollstrekker nichtig ist.

Hier muß das LG den A fragen, ob er auch die Verletzung seines Erbrechts durch den Testamentsvollstreckervermerk geltend machen wolle. Tut er das nicht - wofür er gute Gründe haben kann - so muß seine Bs zurückgewiesen werden. A ist zwar durch den Erbschein in seinem Erbrecht verletzt, aber nicht in der von ihm behaupteten Weise. Denn die Beschwerung durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung ist von der Beschwerung durch die Einsetzung eines Nacherben wesensverschieden.

Kapitel X

Die in Verfahrensstandschaft aufgestellte Rechtsverletzungsbehauptung

Von dem Satz, daß der Bf die Verletzung eigener Rechte behaupten muß, damit die Bs zulässig sei[1], gibt es gewisse Ausnahmen.

Nach § 2357 I 2 BGB darf ein Erbe einen gemeinschaftlichen Erbschein zugleich über das Erbrecht seiner Miterben beantragen. Der Erbe hat hier die Befugnis, ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend zu machen. Es handelt sich also um eine Verfahrensstandschaft.

Man wird daraus folgern müssen, daß der Miterbe gegen die Erteilung eines Erbscheins Bs mit dem Ziel der Einziehung auch dann einlegen darf, wenn er nicht bezüglich seines eigenen Erbrechts, sondern bezüglich des Erbrechts seiner Miterben eine Rechtsverletzungsbehauptung aufstellt. Auch insoweit ist er Verfahrensstandschafter.

1. Man nehme einmal an, in dem vom LG Berlin entschiedenen 2. Kommorientenfall[2] hätte das AG den Ehemann der Erblasserin nicht als gleichzeitig mit dieser verstorben (§ 11 VerschG) erachtet, sondern auf Antrag des Neffen einen gemeinschaftlichen Vollerbschein des Inhalts erteilt, daß der nachverstorbene Ehemann zu 1/2, Neffe und Nichte (Kinder des vollbürtigen Bruders) zu je 1/6 (je 1/8 über die Mutter und je 1/24 über den Vater der Erblasserin) und die beiden Halbgeschwister A und B zu je 1/12 Erben seien.

   In diesem Fall dürfte der Erbe des Ehemannes allerdings mit der Bs geltend machen, A und B seien in Wirklichkeit Vollgeschwister; sie seien daher zu je 1/6 Erben geworden und durch den Erbschein in ihren Rechten verletzt. Diese

---

1) Vgl. oben VII 1 (S. 103).
2) Vgl. oben VI 4 a (S. 90 f.).

positive Erbrechtsbehauptung dürfte der Bf aufstellen, obwohl sich an dem Erbrecht des Ehemannes dadurch nichts ändert. Wenn das LG hier in Übereinstimmung mit dem AG die Anwendbarkeit des § 11 VerschG verneint und den Ehemann als Miterben betrachtet, so muß es ermitteln, ob A und B Halb- oder Vollgeschwister sind. Stellt es fest, daß sie Vollgeschwister sind, so sind diese in ihrem Erbrecht, das der Bf im eigenen Namen geltend macht, verletzt; das LG muß der Bs dann stattgeben und das AG anweisen, den Erbschein einzuziehen. Dagegen dürfte das LG, wenn es A und B für Halbgeschwister hält, auch bei gegebener Veranlassung nicht prüfen, ob etwa außer dem Neffen und der Nichte noch weitere Abkömmlinge des vollbürtigen Bruders vorhanden sind. Denn bejahendenfalls würde durch den Erbschein nur das Erbrecht der etwaigen weiteren Geschwisterkinder beeinträchtigt und verletzt, nicht dasjenige der Halbgeschwister, das der Bf allein geltend gemacht hat. Auch wenn der Erbschein insoweit unrichtig wäre, müßte die Bs zurückgewiesen werden. Es liegt hier nicht anders, als wenn die Halbgeschwister selbst mit der Bs ihr Erbrecht geltend gemacht hätten.

Kommt das LG dagegen zu der Auffassung, daß § 11 VerschG anwendbar und der Ehemann nicht Erbe geworden ist, so darf es nicht etwa die Einziehung des Erbscheins anordnen, obwohl dieser dann unrichtig ist. Der Bf hat hier auch die positive Behauptung aufgestellt, dem Ehemann stehe ein Erbrecht zu 1/2 zu. Diese Behauptung erweist sich aber als unbegründet. Die in Verfahrensstandschaft erhobene Bs eines angeblichen Miterben darf jedoch nur Erfolg haben, wenn er wirklich Miterbe ist. Die Bs müßte daher zurückgewiesen werden, ohne daß es noch darauf ankäme, ob die Erbquoten der (angeblichen) Halbgeschwister richtig berechnet sind.

Allerdings ist die Behauptung des Bf, A und B seien in ihrem Erbrecht verletzt, nicht etwa nur dann zulässig, wenn sich die weitere Behauptung, der Ehemann sei Miterbe, als begründet erweist. Vielmehr ist sie schon dann zulässig,

wenn der Bf außerdem wenigstens behauptet, der Ehemann sei Miterbe. Es besteht also kein Eventual-, sondern ein Kumulationsverhältnis zwischen den beiden Rechtsbehauptungen. Die Bs kann nur durchdringen, wenn sich beide Behauptungen als begründet erweisen. An eine bestimmte Reihenfolge der Prüfung ist das Gericht jedoch nicht gebunden. Es dürfte die Bs z.B. auch mit der Begründung zurückweisen, A und B seien tatsächlich nur Halbgeschwister, so daß die Frage dahinstehen könne, ob der Ehemann Miterbe sei. Denn: Ist er Miterbe, so sind die Erbquoten der Halbgeschwister richtig errechnet, und die erste Rechtsbehauptung (die zugleich eine Rechtsverletzungsbehauptung ist) erweist sich als unbegründet. Ist er nicht Miterbe, so sind die Quoten zwar zu niedrig errechnet, und die Halbgeschwister sind in ihrem Erbrecht verletzt. Dann erweist sich aber die zweite Rechtsbehauptung (die keine Rechtsverletzungsbehauptung ist) als unbegründet.

2. Entsprechendes gilt für die negative Erbrechtsbehauptung. Wäre der erwähnte Erbschein z.B. auf Antrag des Neffen erteilt worden, so dürfte der Erbe des Ehemannes behaupten, die Nichte sei in ihrem Freiheitsrecht verletzt, weil die angeblichen Halbgeschwister Vollgeschwister seien und die Erbquote der Nichte daher zu hoch errechnet sei. Auch diese Bs kann nur Erfolg haben, wenn das LG zu der Auffassung kommt, daß der Ehemann Miterbe geworden ist. Und auch in diesem Fall ist Ziel der Bs nur, festzustellen, ob sich die im eigenen Namen ausgesprochene Leugnung des Erbrechts der Nichte als zutreffend erweist. Daher muß der Bs bei Bejahung des Erbrechts des Ehemannes zwar stattgegeben werden, wenn A und B Vollgeschwister sind, weil die Nichte dann nur 1/12 erbt. Die Bs müßte aber zurückgewiesen werden, wenn das LG z.B. zu dem Ergebnis kommt, A und B seien in Wirklichkeit kinderlos vor der Erblasserin verstorben. Dann sind sie nicht Erben geworden, und der Erbschein ist dann zwar unrichtig. Die negative Behauptung, die Nichte sei nicht Erbe zu 1/6, erweist sich aber als unbegründet, weil

sie dann sogar 1/4 erbt. Auch hier liegt es nicht anders, als wenn die Nichte selbst die Bs eingelegt hätte. Der in Verfahrensstandschaft beschwerdeführende Miterbe hat nicht mehr Befugnisse als der, dessen Recht er wahrnimmt.

Wenn daher ein Miterbe im Beschwerdewege nicht sein eigenes Erbrecht geltend macht, so muß genau geprüft werden, für welchen von mehreren anderen Miterben er Rechte verfolgt, weil bei gleicher materieller Rechtslage die verfahrensrechtlichen Konsequenzen verschieden sind, je nachdem, ob es sich um eine positive oder um eine negative Erbrechtsbehauptung handelt. Jedoch ist mit der Annahme, ein Miterbe handele in Verfahrensstandschaft für den anderen, Vorsicht geboten. Glaubt A, sein Anteil sei zu gering und der des B zu hoch bemessen, und erhebt er daher Bs mit dem Ziel der Einziehung des Erbscheins, so macht er nur geltend, daß er in seinem eigenen Erbrecht, nicht aber auch, daß B in seinem Freiheitsrecht beeinträchtigt und verletzt sei.

Kapitel XI

Sonderfälle im Verfahren der weiteren Bs

1. Von dem Satz, daß das "Recht" i.S. des § 20 I FGG bei der Zulässigkeit nur behauptet zu werden braucht, während das Bsrecht wirklich bestehen muß[1], gibt es eine scheinbare Ausnahme. Hat das LG eine Bs wegen mangelnder Bsbefugnis als unzulässig verworfen, so hat der Bf. für die weitere Bs stets ein Bsrecht, also selbst dann, wenn auch das OLG die Bsbefugnis für die Einlegung der ersten Bs verneint. Diese Auffassung wird mit Recht vom BGH[2], vom BayObLG[3] und jetzt vom KG[4] vertreten, während in der älteren Rechtsprechung die weitere Bs in derartigen Fällen gelegentlich ebenfalls als unzulässig verworfen wurde[5].

   Wie der BGH zutreffend ausführt, ist die Prüfung der Frage, ob dem Rechtsbeschwerdeführer für die Einlegung der ersten Bs eine Bsbefugnis zustand, im dritten Rechtszuge Teil der Sachprüfung[6], und zwar Teil der Prüfung der verfahrensrechtlichen objektiven Rechtmäßigkeit der angefochtenen E. Hat das LG das Bsrecht verneint und die erste Bs

---

1 Vgl. oben VII 2 b (S. 106 f.).
2 BGHZ 31, 92 (95). Ebenso früher RGZ 151, 57 (58 i.V.m. 64).
3 BayObLGZ 1948/1951, 397 (399).
4 KG NJW 1962, 2354.
5 OLG Hamburg OLGE 40, 15.
In folgenden Fällen, in denen die erste Bs erfolglos war, ist nicht klar ersichtlich, ob das LG die Bs als unzulässig verworfen oder als unbegründet zurückgewiesen hat; zum Teil ist nicht einmal ersichtlich, ob es das Bsrecht verneint hat oder ob die Bs aus anderen Gründen erfolglos geblieben ist. Jedenfalls hat das KG zutreffend das Bsrecht für die Einlegung der ersten Bs verneint, es zutreffend zur Zulässigkeit der ersten Bs gerechnet und daraufhin die weitere Bs als unzulässig verworfen: KGJ 33 A 140 (141); 34 A 26 (27); 34 A 133 (134); 34 A 166 (167). Das war unrichtig, soweit schon das LG das Bsrecht verneint hatte; sonst lag ein Fall der im folgenden unter 2 erwähnten Art vor. Vgl. ferner OLG Rostock JFG 2, 231; dort ist allerdings ebenfalls nicht ersichtlich, ob das LG die Bsbefugnis verneint oder die erste Bs sachlich zurückgewiesen hatte.
6 BGH aaO.

als unzulässig verworfen, so schließt die etwaige objektive Rechtswidrigkeit der angefochtenen E des LG die subjektive notwendig ein: die E des LG ist nämlich nur dann objektiv rechtswidrig, wenn die erste Bs zulässig ist, und das trifft nur zu, wenn dem Bf für die erste Bs ein Bsrecht zusteht. Da aber die objektive Rechtswidrigkeit der angefochtenen E des LG nur schlechthin behauptet zu werden braucht, muß zwangsläufig auch die bloße Behauptung genügen, dem Bf stehe eine Bsbefugnis für die Einlegung der ersten Bs zu[7]. Dieses Bsrecht ist nämlich in der dritten Instanz das "Recht" i.S. des § 20 I FGG[8], in dem der Bf durch die E des LG verletzt zu sein behauptet. Es liegt also gar keine Ausnahme vor: das Recht i.S. des § 20 I braucht nur behauptet zu werden; das Bsrecht für die Einlegung der weiteren Bs muß wirklich bestehen und besteht wirklich, weil eine verwerfende E des LG in abstracto geeignet ist, in das behauptete und in abstracto denkbare Recht zur Einlegung der Erstbeschwerde einzugreifen.

Schlüssig ist die Bsbefugnis für die erste Bs (also das vor dem OLG behauptete Recht i.S. des § 20 I) allerdings nur dargelegt, wenn sie aus rechtlichen Gründen zu bejahen ist. Das ist aber nur dann der Fall, wenn auch dasjenige Recht i.S. des § 20 I, in dem der Bf durch die E des AG verletzt zu sein behauptet, schlüssig dargelegt ist und wenn die E des AG in abstracto geeignet ist, in dieses Recht einzugreifen. Die Vertreter der Schlüssigkeitstheorie müßten daher konsequenterweise auch die weitere Bs als unzulässig verwerfen, wenn die erste Bs unzulässig ist. Sie würden

---

7 Vgl. auch oben III 4 a (S. 37 f.) und 5 (S. 41 f.).

8 Kamm, Beschwerdebefugnis S. 96 leugnet mit nicht sehr überzeugender Begründung, daß das Bsrecht ein subjektives Recht i.S. des § 20 I FGG sei. Trotzdem kommt er aus praktischen Erwägungen ebenfalls zu dem hier befürworteten Ergebnis, weil anderenfalls Zulässigkeit und Begründetheit der weiteren Bs zusammenfallen würden.

das aber vermutlich nicht tun und ihre Theorie hier ebenso durchbrechen wie in allen anderen Fällen, in denen objektive und subjektive Rechtswidrigkeit zusammenfallen.

Das Bsrecht für die weitere Bs ist auch dann ohne weiteres zu bejahen, wenn das LG die Bsbefugnis für die erste Bs zwar verneint, die erste Bs deshalb aber fälschlich als unbegründet zurückgewiesen hat[9].

Hier ein Beispiel: Hat das AG den dem Vorerben A erteilten Erbschein eingezogen und hat das LG die hiergegen gerichtete Bs des Nacherben B verworfen oder - nur terminologisch unrichtig - zurückgewiesen mit der (zutreffenden) Begründung, ein Nacherbe sei allgemein nicht befugt, die Einziehung des dem Vorerben ausgestellten Erbscheins anzufechten, so darf B weitere Bs einlegen mit der bloßen Behauptung, die Einziehung sei doch in abstracto geeignet, in sein Nacherbenrecht einzugreifen. Die weitere Bs ist nur unbegründet.

2. Das KG[10], das BayObLG[11], die OLG Rostock[12] und Karlsruhe[13] und möglicherweise der BGH[14] erachten die weitere Bs auch

---

9 So mit Recht BGH aaO. Unrichtig daher die in Note 5 angeführten Entscheidungen des KG, auch sofern das LG die erste Bs wegen mangelnden Bsrechts als unbegründet zurückgewiesen haben sollte. - Nicht mit dem im Text erwähnten Fall zu verwechseln ist der andere, daß das LG der Sache nach die Bsbefugnis bejaht und nur die - unter der falschen Bezeichnung "Bsbefugnis" behandelte - subjektive Rechtswidrigkeit der amtsgerichtlichen E verneint hat. Vgl. dazu unten 9 a (S. 167 f.).

10 KG NJW 1962, 2354; OLGZ 1968, 379 (382 a.E.).

11 BayObLGZ 1961, 200 (201 f.).

12 OLGE 40, 16.

13 OLGE 3, 71.

14 BGHZ 1, 343 (344, 352 f.). Diese E ist unklar. Es heißt eingangs: "Seine Rechtsbeschwerde blieb ohne Erfolg" (S. 344). Das sieht nach sachlicher Zurückweisung aus. Auf S. 353 sagt der BGH dann, daß der Rechtsbf durch die im vorliegenden Verfahren ergangenen Entscheidungen (also wohl auch durch die des Beschwerdegerichts!) in seinen Rechten nicht unmittelbar beeinträchtigt sei. Das sieht mehr nach Unzulässigkeit der weiteren Bs aus. - Das RG hat dagegen in einem derartigen Fall (RGZ 132, 311, 313) die weitere Bs für unzulässig erachtet.

dann für zulässig, wenn das LG die erste Bs als sachlich unbegründet zurückgewiesen hat, während sie in Wirklichkeit mangels Bsrechts unzulässig war. Uneinigkeit besteht nur darüber, ob in einem solchen Fall die angefochtene E des LG aufgehoben und die erste Bs als unzulässig verworfen, also der weiteren Bs stattgegeben werden soll[15] oder ob die weitere Bs schlicht als unbegründet zurückgewiesen werden soll[16] oder ob die E des LG trotz Zurückweisung der weiteren Bs dahin "richtiggestellt", d.h. geändert werden soll, daß die erste Bs unzulässig ist[17].

Gegen die Annahme, daß die weitere Bs in derartigen Fällen zulässig sei, bestehen jedoch Bedenken.

a) Man kann diese Ansicht nicht, wie das BayObLG[18] es tut, damit begründen, daß die Abänderungsbefugnis des Gerichts erster Instanz (§ 18 FGG) verlorengehe, wenn die erste Bs als sachlich unbegründet zurückgewiesen werde, während diese Befugnis bestehen bleibe, wenn die Bs als unzulässig verworfen werde. Denn es kommt nicht darauf an, ob dem Gericht eine Befugnis genommen wird, sondern darauf, ob der Bf ein Recht behauptet hat, das verletzt sein kann.

---

15 So OLG Karlsruhe, aaO; wohl auch OLG Rostock, aaO. Vgl. auch KGJ 37 A 218; dort fehlte es aber nicht am Bsrecht, sondern an einer anfechtbaren Verfügung.

16 So KG JFG 3, 262 (dort ist aber nicht ersichtlich, ob die erste Bs gerade wegen fehlender Bsbefugnis unzulässig war); wohl auch BGH, aaO (vgl. Note 14).
Auch in KGJ 25 A 247 (249) ist die weitere Bs schlicht zurückgewiesen worden. Dort war aber die (sachlich zurückgewiesene) erste Bs deshalb unzulässig, weil es an einer anfechtbaren Verfügung fehlte.

17 So KG NJW 1962, 2355; BayObLGZ 1961, 200 (204).

18 aaO S. 202; ebenso Schlegelberger, § 29 Rdnr 8.

b) Es handelt sich hier um einen Fall des § 20 II FGG. Diese Vorschrift, die den zurückgewiesenen Antrag betrifft, ist nämlich nach § 29 IV FGG im Verfahren der weiteren Bs auf den Fall der zurückgewiesenen ersten Bs entsprechend anwendbar. Wenn man nun wie hier mit der herrschenden Meinung davon ausgeht, daß die Voraussetzungen des § 20 I FGG neben denen des § 20 II gegeben sein müssen[19], dann muß man die weitere Bs als unzulässig verwerfen. Denn durch die sachliche Zurückweisung der ersten Bs wiederholt das LG nur die E des AG und bestätigt sie. Ist aber schon die Verfügung des AG in abstracto nicht geeignet, in das vom Bf behauptete Recht i.S. des § 20 I einzugreifen, so ist es auch die bestätigende E des LG nicht. Man macht sich das am besten an dem vom BayObLG[20] entschiedenen Fall klar:

> Das AG hatte der A einen Erbschein des Inhalts erteilt, daß sie Vorerbin und B Nacherbin sei. Später ordnete es die Einziehung des Erbscheins an, weil dieser nicht anzeigte, daß A befreite Vorerbin sei. Hiergegen legte B vor vollzogener Einziehung Bs ein. Das LG wies die Bs als unbegründet zurück, weil A wirklich befreite Vorerbin sei. B legte weitere Bs ein. Das BayObLG erachtete die erste Bs mangels Bsbefugnis der B mit Recht für unzulässig.

Die Einziehung des Erbscheins ist in abstracto nicht geeignet, in das von der B behauptete Nacherbenrecht einzugreifen. Die E des LG stellt nichts weiter als eine Bestätigung und Wiederholung der Einziehungsanordnung dar. Folglich ist sie ebenfalls in abstracto nicht geeignet, in die auch im dritten Rechtszuge behauptete Nacherbenanwartschaft einzugreifen. Die weitere Bs der B ist daher unzulässig.

Für zulässig muß man die weitere Bs allerdings dann erachten, wenn man in den Fällen des § 20 II FGG nicht zugleich

---

19 Vgl. oben III 4 a Note 32 (S. 39).
20 BayObLG, aaO.

das Vorliegen der Voraussetzungen des § 20 I FGG verlangt, wenn man sich also in diesen Fällen für die Zulässigkeit der Bs mit der Behauptung der objektiven Rechtswidrigkeit begnügt und nur diese als Verfahrensgegenstand betrachtet. Das dürfte aber nicht richtig sein. Objektive und subjektive Rechtswidrigkeit decken sich in den Fällen des § 20 II zwar regelmäßig, aber nicht denknotwendig.

c) Die weitere Bs wäre allerdings auch nach hier vertretener Ansicht unter zwei Voraussetzungen zulässig, nämlich a) wenn man annähme, der nicht beschwerdeberechtigte Bf habe einen Anspruch darauf, daß seine erste Bs "nur" als unzulässig verworfen werde, - diesen Anspruch könnte man etwa als einen Unterfall des äußerst umstrittenen Rechts auf ordnungsmäßige Sachbehandlung betrachten[21] - und b) wenn der Bf vor dem OLG auch gerade diesen Anspruch und seine Verletzung behauptet. Dann müßte er also selbst nachträglich die Unzulässigkeit seiner ersten Bs geltend machen und mit der weiteren Bs die Aufrechterhaltung der E des AG und die Verwerfung seiner ersten Bs erstreben. Das wird aber praktisch kaum vorkommen. Vielmehr wird er gerade dasselbe Recht wie vor dem LG behaupten (im obigen Beispiel das Nacherbenrecht) und die Aufhebung der E des AG zusammen mit derjenigen des LG (im obigen Beispiel die Aufhebung der Einziehungsanordnung) begehren. Hat er aber die Verletzung seines - etwaigen - Anspruchs auf Verwerfung der erster Bs nicht behauptet, so darf der weiteren Bs nicht mit der Begründung stattgegeben werden, er sei in diesem Anspruch verletzt. Denn auch hier wird eine wirkliche Rechtsverletzung nur berücksichtigt, wenn sie der Rechtsverletzungsbehauptung entspricht[22], wenn sie also Gegenstand der weiteren Bs ist.

3. Eine eigenartige prozessuale Lage kann entstehen, wenn das LG einer mangels Bsbefugnis des Bf unzulässigen Bs fälsch-

---

21 Dieses Recht wird vom BGH verneint, vgl. oben IX 1 a Note 3 (S. 118).
22 Vgl. oben IX 2 und 3 (S. 120-128).

lich stattgibt. Man wandele das obige Beispiel etwas ab:

> Das AG erteilt der A einen Erbschein des Inhalts, daß sie gewöhnliche Vorerbin und B Nacherbin sei. Später ordnet es die Einziehung des Erbscheins an mit der Begründung, A sei befreite Vorerbin. B legt vor Rückgabe der Erbscheinsausfertigung Bs ein. Das LG hebt die Einziehungsanordnung auf mit der Begründung, A sei nur gewöhnliche Vorerbin. Hiergegen legt A weitere Bs ein.

Die weitere Bs der A ist zulässig. Denn A behauptet offenbar, befreite Vorerbin zu sein und in dieser Rechtsstellung durch die E des LG, welche den das gewöhnliche Vorerbenrecht ausweisenden Erbschein aufrechterhält, verletzt zu sein. Die E des LG ist auch objektiv rechtswidrig, weil B nicht beschwerdeberechtigt ist und ihre erste Bs daher als unzulässig hätte verworfen werden müssen. Nach dem bisher zum Beschwerdegegenstand Gesagten würde das allein aber für den Erfolg der weiteren Bs nicht ausreichen. Denn A ist in dem behaupteten Recht einer befreiten Vorerbin nur beeinträchtigt und verletzt, wenn sie wirklich befreite Vorerbin ist. Es sieht also zunächst so aus, als müsse das OLG prüfen, welche Rechtsstellung der A zukomme. Betrachte es die A als befreite Vorerbin, so müsse es die E des LG aufheben und die erste Bs der B als unzulässig verwerfen. Sei A nach Ansicht des OLG nur gewöhnliche Vorerbin, so müsse ihre weitere Bs als unbegründet zurückgewiesen werden, weil A trotz (verfahrensrechtlicher) objektiver Rechtswidrigkeit der angefochtenen E nicht in dem behaupteten Recht verletzt sei.

Indessen ist hier zu bedenken: Käme das OLG zu dem Ergebnis, daß A befreite Vorerbin ist, so würde es damit sinngemäß die Rechtmäßigkeit der Einziehungsverfügung des AG bejahen. Betrachtete das OLG umgekehrt die A nur als gewöhnliche Vorerbin, so würde es sinngemäß feststellen, daß die Einziehungsanordnung jedenfalls nicht aus dem vom AG angenommenen Grunde gerechtfertigt gewesen sei; sollte nicht

noch ein anderer Einziehungsgrund vorhanden gewesen sein, so wäre die Verfügung des AG rechtswidrig. Das bedeutet: Gleichgültig, ob das OLG die Rechtsverletzungsbehauptung der A für begründet oder für unbegründet hielte, in jedem Fall würde es der Sache nach - mindestens in begrenztem Umfang - über die objektive Rechtmäßigkeit der amtsgerichtlichen Verfügung befinden. Das darf es aber nicht, weil die erste Bs unzulässig ist! Denn das OLG tritt an die Stelle des LG und hat nicht mehr Rechte als dieses. Darf das LG eine E des AG nicht auf ihre Richtigkeit prüfen, so darf es auch das OLG nicht. Das Rechtsbeschwerdegericht ist hier aus verfahrensrechtlichen Gründen gehindert, den Gegenstand der weiteren Bs erschöpfend zu behandeln. Deshalb wird man in diesem Fall ausnahmsweise für den Erfolg der - zulässigen - weiteren Bs die objektive Rechtswidrigkeit der landgerichtlichen E genügen lassen müssen. Auf die weitere Bs der A ist also die angefochtene E aufzuheben und die erste Bs der B als unzulässig zu verwerfen; es darf nicht geprüft werden, ob A befreite oder gewöhnliche Vorerbin ist.

So hat auch das OLG Oldenburg[23] in einem scheinbar gleichgelagerten Fall entschieden, ohne allerdings das Problem des Gegenstandes der weiteren Bs zu erörtern. Indessen bestehen gegen diese E Bedenken. Das LG hatte dort nämlich auf die Bs des Nacherben B gar nicht die Einziehungsanordnung des AG aufgehoben, sondern nur den Ausspruch, daß der Erbschein unrichtig sei. Eine solche "Aufhebung" war ebenso wie der "Ausspruch" des AG nur eine Meinungsäußerung, nicht dagegen eine selbständige Entscheidung. Der verfügende Teil des Beschwerdebeschlusses bestand in Wirklichkeit nur aus einer Bestätigung der amtsgerichtlichen Einziehungsanordnung: der Sache nach hat also das LG die Bs des B zurückgewiesen. Dann hätte aber nach §§ 29 IV, 20 II FGG nur B weitere Bs einlegen dürfen. Die weitere Bs der A war unzulässig und hätte verworfen werden müssen; die Zulässigkeit der ersten Bs hätte das OLG gar nicht erörtern dürfen.

---

23 DNotZ 1958, 263.

Dagegen hat das KG[24] in einer Handelsregistersache eine erste Bs, die vor dem LG Erfolg gehabt hatte, auf weitere Bs der Beschwerdegegnerin mit Recht als unzulässig verworfen, ohne zu prüfen, ob die Rechtsbefin durch die falsche E des LG in dem behaupteten Recht wirklich verletzt war.

4. Die unter 1 - 3 erwähnten - teils wirklichen, teils behaupteten - Rechtsverstöße kann man als prinzipäle Verfahrensfehler bezeichnen: sie machen die E im Ergebnis prozessual falsch. Im Falle 1 hatte das LG nur eine verfahrensrechtliche E (Verwerfung der Erstbeschwerde) getroffen, während es auf die Bs sachlich hätte beschließen müssen, wenn das Recht zur Einlegung der ersten Bs zu bejahen war. Umgekehrt hatte das LG in den Fällen 2 und 3 sachlich entschieden, während es nur eine prozessuale E hätte treffen dürfen.

Den prinzipalen stehen die inzidenten Verfahrensverstöße gegenüber: das LG hat zwar mit Recht sachlich entschieden, ist aber zu seinem Ergebnis auf einem fehlerhaften Wege gekommen. Hier steht meistens noch nicht fest, wie die E des LG zu lauten hat, ob sie also wirklich sachlich objektiv rechtswidrig ist; sie ist es nur möglicherweise. Deshalb muß das OLG in diesen Fällen meistens zurückverweisen.

Die inzidenten Verfahrensfehler zerfallen wieder in zwei Gruppen, die primären und die sekundären.

a) Ein primärer inzidenter Verfahrensfehler liegt vor, wenn das LG von einer richtigen materiellrechtlichen Ansicht ausgegangen ist, den Fall aber prozessual falsch behandelt hat. Wichtigstes Beispiel ist die Verletzung der Aufklärungspflicht (§ 12 FGG). Hat z.B. das LG zu einem Punkt, der nach seiner eigenen Ansicht und auch nach der des OLG

---

24 KGJ 53 A 93.

erheblich ist, einen Zeugen nicht vernommen mit der Begründung, er werde nichts Sachdienliches bekunden können, so liegt darin eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung. Auf weitere Bs des unterlegenen Beteiligten müßte das OLG die E aufheben und die Sache zurückverweisen.

b) Ein sekundärer inzidenter Verfahrensfehler liegt vor, wenn das LG den Fall nach Ansicht des OLG materiellrechtlich falsch beurteilt und deshalb eine von seinem eigenen Standpunkt aus unerhebliche, vom Standpunkt des OLG aus aber erhebliche Tatfrage nicht geklärt hat. Beispiel: Das LG hat die Bs ebenso wie das AG den Erbscheinsantrag mit der Begründung zurückgewiesen, das einseitige Testament, auf das sich die Bfin stütze, sei unwirksam, weil der Erblasser an ein gemeinschaftliches Testament gebunden gewesen sei (§ 2271 I BGB); deshalb komme es nicht auf die von der Beschwerdegegnerin behaupteten Tatsachen an, bei deren Vorliegen das einseitige Testament wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig wäre. Das OLG verneint die Bindung an das gemeinschaftliche Testament. Hier muß es aufheben und zurückverweisen, damit das LG zur Frage der Sittenwidrigkeit Tatsachen feststellen kann.

Die sekundären inzidenten Verfahrensfehler pflegen nicht als solche bezeichnet zu werden, sondern nur als Verletzungen des materiellen Rechts. Es handelt sich aber genau genommen um einen primären Verstoß gegen das sachliche Recht, der einen Verfahrensfehler zur Folge hat.

c) In den Fällen der primären und sekundären inzidenten Verfahrensverstöße kann eine weitere Bs ausnahmsweise Erfolg haben, ohne daß der Rechtsverletzungsbehauptung eine wirkliche Rechtsverletzung entspricht: weil die materielle objektive Rechtswidrigkeit der angefochtenen E noch nicht feststeht, ist auch noch ungewiß, ob die E subjektiv rechtswidrig ist. Da aber das OLG nur Rechtsbeschwerdegericht ist,

kann es in diesen Fällen den Beschwerdegegenstand nicht erschöpfend behandeln.

Auch in den Fällen der Zurückverweisung an das LG muß aber das OLG diejenigen Tatsachen, von denen lediglich die subjektive Rechtswidrigkeit abhängt, zuvor selbst feststellen. Man wandele zum Beispiel den Erbhoffall[25] etwas ab:

> Das AG lehnt die Einziehung des Hoffolgezeugnisses ab. Das LG weist auf Bs der Töchter das AG an, das Hoffolgezeugnis einzuziehen. Zur Begründung führt es aus, Erbhofrecht sei nicht mehr anwendbar, weil der Erbfall 1947 noch nicht "geregelt" im Sinne des Art. XII des KRG Nr. 45 gewesen sei. Auf weitere Bs des Sohnes gelangt das KG zu dem Ergebnis, es komme zwar für die Nichtanwendbarkeit des Reichserbhofgesetzes auf das Fehlen einer "Regelung" an; jedoch rechtfertigten die tatsächlichen Feststellungen des LG noch nicht den Schluß, daß der Erbfall 1947 nicht geregelt gewesen sei.

Hier liegt ein primärer inzidenter Verfahrensverstoß vor, weil das LG die "Regelungs"frage, die sowohl von seinem eigenen Standpunkt aus als auch von dem des KG aus erheblich ist, in tatsächlicher Hinsicht nicht genügend geklärt hat. Das KG darf gleichwohl die E des LG nur dann aufheben und die Sache zurückverweisen, wenn es zuvor festgestellt hat, daß der Erblasser Alleineigentümer des Hofes gewesen ist. Denn wenn der Hof ein Ehegattenerbhof war, hätte nur die Witwe Anerbe geworden sein können. Der Sohn wäre durch die möglicherweise materiell objektiv rechtswidrige E des LG dann ebensowenig in seinen Rechten verletzt wie in dem ursprünglichen Erbhoffall, in dem die E des LG wirklich materiell objektiv rechtswidrig war[26].

---

25 Vgl. oben IV 3 b (S. 49) und VI 3 a (S. 80 ff.).
26 Vgl. oben VI 3 a (S. 81 f.).

5. Zur Zurückverweisung an die Vorinstanz wegen eines inzidenten Verfahrensfehlers ist nur das Rechtsbeschwerdegericht befugt. Das LG ist dagegen auch Tatsachengericht (§ 23 FGG). Deshalb darf es nicht zurückverweisen[27], d.h. es darf der Bs nicht stattgeben, ohne den Beschwerdegegenstand erschöpfend zu behandeln. Das gilt gleichermaßen für die primären wie für die sekundären inzidenten Verfahrensfehler. Weist das AG den Erbscheinsantrag zurück, weil der Wirksamkeit des zugunsten der Antragstellerin errichteten einseitigen Testaments die Bindungswirkung eines früheren gemeinschaftlichen Testaments entgegenstehe (§ 2271 I BGB), so darf das LG nicht aufheben und zurückverweisen mit der Begründung, der Erblasser sei an das gemeinschaftliche Testament nicht gebunden gewesen und deshalb müsse das AG jetzt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht prüfen, ob das einseitige Testament gegen die guten Sitten verstoße[28]. Hier steht noch nicht fest, ob die Bfin wirklich in dem behaupteten Erbrecht verletzt ist. Aber nur wenn sie es ist, darf ihrer Bs stattgegeben werden.

---

27 KG: KGJ 31 A 6 (7); 31 A 13 (17); 33 A 104 (105); OLGE 4, 97; 7, 144 (145), obiter; 8, 375; JFG 5, 432 (434), obiter; OLGZ 1968, 467; OLG Hamm: OLGZ 1966, 216 (217); 1968, 80 (83).
A.M. RG RJA 8, 247 (248 f.). Schlegelberger (§ 25 Rdnr 13) meint, es stehe im pflichtmäßigen Ermessen des Beschwerdegerichts, ob es zurückverweise. Unger (ZZP 41, 159-161) ist der Ansicht, das Beschwerdegericht dürfe zurückverweisen, wenn zu entscheidungserheblichen Punkten noch umständliche tatsächliche Feststellungen oder "umsichtige Beurteilung" erforderlich seien und das Beschwerdegericht den Unterrichter für geeigneter erachte, die Ermittlungen und Erwägungen anzustellen. Als Beispiel führt er die in dieser Arbeit so bezeichneten "sekundären inzidenten Verfahrensfehler" an (S. 161). Anders aber S. 152-154, besonders Note 16.

28 So in sich richtig KG OLGZ 1968, 467 (468 f.); vgl. dazu unten 6 d (S. 150 f.).

Ausnahmsweise läßt die Rechtsprechung eine Zurückverweisung durch das LG zu, wenn das Verfahren des AG an so schweren Mängeln leidet, daß ihre Beseitigung durch das Beschwerdegericht dem Verlust einer Instanz gleichkäme[29]. Diese Ansicht ist nicht unbedenklich. Man könnte eher meinen, eine Zurückverweisung sei nur bei prinzipalen Verfahrensfehlern des AG zulässig, z.B. wenn das AG einen Erbscheinsantrag wegen mangelnder Antragsberechtigung oder wegen Fehlens der örtlichen Zuständigkeit als unzulässig zurückgewiesen hat und das LG auf Bs die Antragsberechtigung oder die örtliche Zuständigkeit bejaht[30]. Hier müßte man die behauptete Verletzung eines prozessualen Rechts i.S. des § 20 I FGG als Beschwerdegegenstand betrachten[31], wenn man die Zurückverweisung gestatten will. Diese Frage soll jedoch nicht vertieft werden. Vielmehr sollen für die weitere Untersuchung nur die Fälle zugrunde gelegt werden, in denen das LG die Sache wegen eines nach seiner Ansicht vorliegenden inzidenten (primären oder sekundären) Verfahrensfehlers des AG zurückverwiesen hat und das OLG die Zurückverweisung mißbilligt.

---

29 KG JFG 17, 114 (117); 17, 286 (289); OLGZ 1968, 467 (468); OLG München JFG 23, 193 (194); BayObLGZ 1953, 59 (63) und 221 (223 f.); OLG Hamm OLGZ 1966, 216 (217). Vgl. ferner Jansen, § 19 Anm. 5; ähnlich Keidel, § 25 Rdnr 7.
Zum Teil wird die Zurückverweisung schon bei erheblichen Verfahrensmängeln und fehlender Sachaufklärung zugelassen: KG DFG 1938, 133 (134); OLG Celle RdL 1964, 180; OLG Bamberg RdL 1957, 20. Ebenso Baur, Lehrbuch § 29 D III 3 (S. 349).
Lent-Habscheid, Lehrbuch S. 199 erachten die Zurückverweisung sogar schon für zulässig, wenn die Ermittlungen unvollständig waren oder wenn "bedenkliche" Verfahrensmängel bestehen.

30 Für Zurückverweisung in einem solchen Fall mit Recht Baur, aaO; Lent-Habscheid, aaO.

31 So jedenfalls dem Sinne nach Baur, Lehrbuch § 29 C I 3 (S. 339).

6. In den bezeichneten Fällen liegt ein prinzipaler Verfahrensfehler des LG vor, weil das LG nur vorläufig entschieden hat, während es eine abschließende sachliche E hätte treffen müssen. Auch dieser prinzipale Fehler kann ein primärer oder ein sekundärer sein. Wird gegen eine zurückverweisende E des LG weitere Bs eingelegt, so ist sorgfältig der Beschwerdegegenstand des dritten Rechtszuges herauszuarbeiten und zu prüfen, ob der Rechtsverletzungsbehauptung eine wirkliche Rechtsverletzung entspricht. Aus dem Vorliegen eines Verfahrensfehlers folgt noch keineswegs, daß die E aufgehoben werden muß.

a) Im Erbhoffall in seiner ursprünglichen Gestalt[32] hatte das LG zurückverwiesen mit der Begründung, die Anwendbarkeit des Reichserbhofgesetzes hänge von der Frage der "Regelung" i.S. des Art. XII des KRG Nr. 45 ab und hierzu seien noch tatsächliche Feststellungen erforderlich. Der Sohn hatte mit der weiteren Bs die Rechtsbehauptung aufgestellt, er habe ein schon jetzt feststehendes Anerbenrecht, weil das Reichserbhofgesetz ohne Rücksicht auf eine derartige "Regelung" noch anwendbar sei. Da das KG diese letzte Ansicht teilte, lag von seinem Standpunkt aus primär ein materiellrechtlicher Fehler des LG vor. Die Zurückverweisung stellte sich als nur sekundärer prinzipaler Verfahrensverstoß dar, auf den es nicht ankam[33].

b) Man wandele den Fall etwas ab: Das KG kommt zu dem Ergebnis, es stehe ohne Rücksicht auf eine "Regelung" schon jetzt fest, daß das Reichserbhofgesetz nicht mehr anwendbar sei.

Hier liegen ebenfalls ein primärer sachlichrechtlicher Fehler und ein nur sekundärer prinzipaler Verfahrensverstoß

---

32 Vgl. oben IV 3 b (S. 49 ff.).
33 Auch in OLG München JFG 15, 134 war die Zurückverweisung nur ein sekundärer prinzipaler Verfahrensfehler. In KGJ 53 A 93, wo das LG ebenfalls zurückverwiesen hatte, war die erste Bs unzulässig: hier war auch der primäre Fehler ein Verfahrensverstoß.

vor. In diesem Fall muß das KG aber die weitere Bs trotz materieller objektiver Rechtswidrigkeit der angefochtenen E zurückweisen, weil der Sohn das behauptete Anerbenrecht nicht hat und folglich durch die E nicht darin verletzt sein kann. Er wird durch die E des LG besser gestellt, als er nach Ansicht des KG stehen darf: die angefochtene E läßt nämlich noch die Möglichkeit offen, daß das AG nach weiteren Ermittlungen die Anwendbarkeit des Reichserbhofgesetzes bejaht und das Hoffolgezeugnis bestehen läßt; vom Standpunkt des KG aus hätte das LG aber der ersten Bs der Töchter stattgeben und das AG anweisen müssen, das Zeugnis einzuziehen. Es liegt hier ähnlich wie in den Fällen, in denen der Bf mit der Bs einen höheren Erbteil als den im Erbschein ausgewiesenen verlangt und das Beschwerdegericht zu dem Ergebnis kommt, daß er überhaupt nicht Erbe ist[34].

c) In den Fällen der Zurückverweisung durch das LG kann auch der Erstbeschwerdeführer zur Einlegung der weiteren Bs befugt sein. Er ist es, wenn er behauptet, das von ihm beanspruchte Recht bestehe, ohne daß es auf die vom LG für erforderlich erachteten Ermittlungen ankomme[35].

Man nehme an, im Erbhoffall hätten die Töchter weitere Bs eingelegt. Das Rechtsmittel ist zulässig, wenn die Töchter behaupten, auch bezüglich des Hofes ein schon jetzt feststehendes Erbrecht nach dem BGB zu haben, weil Erbhofrecht ohne weiteres nicht mehr anwendbar sei.

aa) Teilt das KG ihre Ansicht, so muß es den zurückverweisenden (nicht auch den aufhebenden!) Teil der E des LG kassieren und das AG anweisen, das Hoffolgezeugnis einzuziehen. Da wieder primär ein materiellrechtlicher Fehler vorliegt, kommt es auf den sekundären prinzipalen Verfahrensverstoß nicht mehr an.

---

34 Vgl. oben IX 2 (S. 120 ff.).
35 Zur Beschwer des Revisionsklägers bei Anfechtung eines zurückverweisenden Berufungsurteils im Zivilprozeß vgl. BGHZ 31, 358 (361).

bb) Hält das KG dagegen Erbhofrecht noch für anwendbar, so muß es die weitere Bs der Töchter zurückweisen, obwohl die angefochtene E objektiv rechtswidrig ist. Es liegt mit umgekehrtem Vorzeichen wie im Fall b): die E des LG stellt die Töchter günstiger, als sie nach Ansicht des KG stehen dürfen. Schon ihre erste Bs hätte zurückgewiesen werden müssen.

cc) Wie aber, wenn das KG die Ansicht des LG teilt, die Anwendbarkeit des Reichserbhofgesetzes hänge vom Ergebnis der Ermittlungen zur "Regelungsfrage" ab, die das LG dem AG aufgegeben hat? Dann hat das LG materiellrechtlich richtig entschieden. Der in der Zurückverweisung liegende prinzipale Verfahrensfehler ist dann ein primärer.

Hier steht die (verfahrensrechtliche) objektive Rechtswidrigkeit der angefochtenen E fest, aber noch nicht die subjektive. Denn die Töchter sind durch die E in dem nach ihrer Behauptung auch bezüglich des Hofes bestehenden Erbrecht nach BGB nur dann verletzt, wenn es ihnen wirklich zusteht. Das hängt aber gerade vom Ergebnis der noch erforderlichen Ermittlungen ab. Wollte man hier für den Erfolg der weiteren Bs die wirkliche subjektive Rechtswidrigkeit der angefochtenen E verlangen, so käme man zu einem widersinnigen Ergebnis: weil das LG die Ermittlungen fälschlicherweise nicht selbst vorgenommen, sondern dem AG aufgebürdet hat, müßte sie jetzt das Rechtsbeschwerdegericht anstellen! Da hier - anders als in den unter VI 3 a und b erörterten Beispielen (Erbhoffall, Apothekenfall)[36] und ebenso wie bei den inzidenten Verfahrensfehlern (vgl. oben 4)[37] - noch nicht feststeht, wie über die erste Bs sachlich zu entscheiden ist, muß auch hier für den Erfolg der weiteren Bs die mögliche subjektive Rechtsverletzung genügen.

Trotzdem wäre in dem gebildeten Beispiel zweifelhaft, ob

---

36 Vgl. oben S. 80-86.
37 S. 141 ff.

das KG auf die weitere Bs der Töchter die Sache an das LG zurückverweisen müßte, damit dieses nunmehr selbst die Ermittlungen zur "Regelungsfrage" anstelle.

Die E des LG hat genau genommen drei Bestandteile: 1) die angefochtene Verfügung des AG wird aufgehoben, 2) es werden weitere Ermittlungen angeordnet, 3) die Sache wird an das AG zurückverwiesen.

Durch den aufhebenden Teil der E sind die Töchter nicht beschwert, weil sie ihn erstrebt haben und weil umgekehrt gerade die aufgehobene Verfügung des AG (die Ablehnung der Einziehung des Hoffolgezeugnisses) geeignet war, in ihr behauptetes Erbrecht einzugreifen.

Durch den weitere Ermittlungen anordnenden Teil der E sind die Töchter allerdings beschwert, weil er die Möglichkeit offenläßt, daß die endgültige E zu ihren Ungunsten ausfällt, daß also das AG das ihnen nachteilige Hoffolgezeugnis bestätigt. Dieser Teil ist aber nicht rechtswidrig, weil das KG ja ebenfalls der Ansicht sein soll, die Ermittlungen seien erforderlich.

Es bleibt also der zurückverweisende Teil. Hier kann man zweifeln, ob er geeignet ist, in das behauptete Erbrecht der Töchter einzugreifen. Denn ob nun das LG ermittelt oder das AG, jedenfalls muß ermittelt werden. Man könnte sogar meinen, ein Bf werde durch die Zurückverweisung günstiger gestellt, weil jetzt zwei Instanzen über die betreffende Tatfrage entscheiden können[38]. Eine Beschwer kann man allenfalls darin erblicken, daß das Verfahren verlängert wird und dem Bf höhere außergerichtliche Kosten verursacht, falls das AG nach Zurückverweisung wiederum zu einer ihm ungünstigen E kommt und seine erneute Bs endgültigen Erfolg hat.

---

38 KG OLGE 8, 375 (376) verneint mit dieser Begründung eine Beschwer.

Selbst wenn man aber für die weitere Untersuchung unterstellt, daß die unzulässige Zurückverweisung an das AG wegen der möglichen Verfahrensverlängerung geeignet ist, in das vom Bf behauptete Recht einzugreifen, dürfte das KG im Ausgangsbeispiel der weiteren Bs der Töchter nicht allein deshalb stattgeben. Dann wären die Töchter allerdings in dem vielleicht auch bezüglich des Hofes bestehenden Erbrecht - vielleicht - verletzt, aber nicht in der von ihnen behaupteten Weise! Denn mit der weiteren Bs haben sie geltend gemacht, ihr Erbrecht bezüglich des Hofes stehe schon jetzt fest. Sie haben sich also auf die Beschwer berufen, die in dem weitere Ermittlungen anordnenden Teil der angefochtenen E liegt, nicht auf diejenige, die durch den zurückverweisenden Teil verursacht wird. Die von ihnen behauptete Art der Erbrechtsverletzung liegt aber nicht vor. Deshalb muß die weitere Bs zurückgewiesen werden[39], es sei denn, die Töchter berufen sich nach Rückfrage auch auf die in der Zurückverweisung liegende - mögliche - Erbrechtsverletzung.

Anders ausgedrückt: Hat ein Bf mit der weiteren Bs einen (angeblichen) primär materiellrechtlichen Fehler gerügt, der den nach seiner Ansicht sekundären Verfahrensverstoß der Zurückverweisung zur Folge hatte, so darf das OLG der weiteren Bs nicht stattgeben, wenn sich der Verfahrensverstoß als primärer erweist und der Bf sich nicht wenigstens hilfsweise auf ihn beruft. Der Bf mag selbst entscheiden, ob ihm die Zurückverweisung nachteilig ist. Rügt er sie nicht, so soll man ihm nicht einen Scheinsieg aufzwingen.

d) Das hat das KG in einem schon erwähnten Fall[40] nicht beachtet[41]: Das LG hatte auf die Bs der durch das einseitige Testament begünstigten P (Antragstellerin), einer Bekannten

---

39 Vgl. oben IX 3 c (S. 127 f.).
40 OLGZ 1968, 467.
41 Auch in OLG Hamm OLGZ 1966, 216 scheinen die Rechtsbf sich nicht auf den Verfahrensverstoß, sondern auf einen materiellen Fehler berufen zu haben; dieser lag aber nach Ansicht des OLG nicht vor.

des verheirateten Erblassers, die Sache an das AG zurückverwiesen, damit dieses prüfe, ob das Testament gegen die guten Sitten verstoße. Mit der hiergegen eingelegten weiteren Bs hatten die Erben der nachverstorbenen Ehefrau des Erblassers nun nicht etwa geltend gemacht, das LG hätte selbst zur Frage der Sittenwidrigkeit ermitteln müssen. Vielmehr hatten sie behauptet, das Erbrecht der Ehefrau stehe schon jetzt fest[42]. Sie hatten dazu in Übereinstimmung mit dem AG die Ansicht vertreten, das frühere gemeinschaftliche Testament, in welchem dem Wortlaut nach nur Geschwister beider Eheleute bedacht waren, enthalte in erster Linie eine stillschweigende gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten und stehe daher gemäß § 2271 I BGB der Wirksamkeit des einseitigen Testaments entgegen. Diese Rechtsbehauptung erwies sich aber als unbegründet. Das KG billigte nämlich stillschweigend die Ansicht des LG, daß das gemeinschaftliche Testament keine gegenseitige Erbeinsetzung enthalte[43]: es wies nicht etwa die erste Bs der P gegen den Ablehnungsbeschluß des AG zurück, sondern es hob die angefochtene E allein wegen des - primären! - Verfahrensfehlers auf und verwies die Sache an das LG zurück. Da sich aber die Rechtsbf auf den Verfahrensverstoß nicht berufen hatten, hätte das KG die weitere Bs zurückweisen müssen.

Vermutlich hat sich das KG bei seiner Aufhebung unbewußt auch von einem ganz anderen Gesichtspunkt leiten lassen. Das LG war nämlich davon ausgegangen, daß die P in dem einseitigen Testament zur Alleinerbin eingesetzt sei. Das KG hielt aber auch die Auslegung für möglich, daß P nur neben oder nach der Ehefrau als Erbin berufen sei. Hierzu fehlten noch

---

42 Das ergibt sich zwar nicht aus dem Beschluß, aber aus den Akten.

43 Merkwürdigerweise findet sich in der E über diesen tragenden Grund nicht ein Wort. Erst als das KG später erneut mit der Sache befaßt wurde, hat es die Ansicht des LG zu diesem Punkt ausdrücklich gebilligt: Beschluß vom 18.11.1968 - 1 W 3740.68 -, n.v..

Feststellungen. Das KG hätte daher vermutlich aus diesem Grunde die E des LG auch dann aufgehoben und die Sache zurückverwiesen, wenn das LG zur Frage der Sittenwidrigkeit selbst ermittelt, sie rechtsbedenkenfrei verneint und das AG angewiesen hätte, der P den beantragten Erbschein zu erteilen. Hier lag also neben dem prinzipalen noch ein hypothetischer inzidenter Verfahrensfehler vor, der sich nicht hatte auswirken können, weil das LG nicht selbst in der Sache entschieden hatte. Da das KG aber wegen eines nur hypothetischen Verfahrensverstoßes nicht aufheben durfte, hat es sich vermutlich unbewußt an den wirklichen prinzipalen Fehler geklammert.

e) Selbst wenn der Rechtsbf im Falle der unzulässigen Zurückverweisung an das AG den Verfahrensfehler gerügt hat, muß das OLG die subjektive Rechtswidrigkeit der landgerichtlichen E stets insoweit prüfen, als sie nicht vom Ergebnis der fälschlich dem AG aufgegebenen Ermittlungen abhängt. Dabei muß es solche Tatsachen selber feststellen, die für die materielle objektive Rechtswidrigkeit des angefochtenen Beschlusses (genauer: für die E über die erste Bs) unerheblich sind. Wenn also im Erbhoffall der Sohn mit der weiteren Bs auch den Verfahrensfehler gerügt und das KG die materielle Rechtsansicht des LG, die der Zurückverweisung an das AG zugrunde lag, gebilligt hätte, so hätte es der weiteren Bs wiederum nur dann stattgeben und die Sache an das LG zurückverweisen dürfen, wenn es zuvor das Alleineigentum des Erblassers am Hof festgestellt hätte.

In einem ganz neuen Beschluß hat das OLG Hamm[44] übersehen, daß auch beim Verfahrensfehler der Zurückverweisung an das AG die subjektive Rechtswidrigkeit der landgerichtlichen E Voraussetzung des Erfolges der weiteren Bs ist:

> Der Erblasser hatte seine zweite Ehefrau als Vorerbin eingesetzt. Nacherbe sollte sein Enkel (Kind

44 OLGZ 1968, 80.

seines einzigen Sohnes aus erster Ehe) sein. Für den Fall, daß der Sohn den Pflichtteil verlangte, sollte die Ehefrau berechtigt sein, unter Lebenden und von Todes wegen über den Nachlaß frei zu verfügen.

Der Sohn verlangte den Pflichtteil. Daraufhin beantragte die Witwe einen Erbschein des Inhalts, daß sie unbeschränkte Alleinerbin sei. Das AG wies den Antrag zurück mit der Begründung, das Pflichtteilsverlangen des Sohnes bedürfe gemäß §§ 1643, 1821 I Nr. 2 (gemeint war wohl § 1822 Nr. 2) BGB der trotz Aufforderung nicht beigebrachten vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, weil es im Ergebnis die Rechtsstellung des zum Nacherben berufenen Enkels beeinträchtige.

Auf Bs der Witwe hob das LG den Beschluß des AG auf und wies dieses an, von dem Verlangen nach Beibringung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung Abstand zu nehmen. Es äußerte die Ansicht, der etwa zu erteilende Erbschein dürfe keinen Nacherbenvermerk tragen, weil die Nacherbfolge nur für den Fall angeordnet gewesen sei, daß der Sohn nicht den Pflichtteil verlange.

Hiergegen legte der Enkel weitere Bs ein, zu deren Begründung er vorbrachte, die Witwe und der Sohn hätten vera bredet, den Pflichtteilsanspruch geltend zu machen, damit die Witwe unbeschränkte Erbin werde und er, der Nacherbe, seine Rechte verliere.

Das OLG bejahte die Bsbefugnis des Enkels für die weitere Bs. Er werde in dem Testament als Nacherbe bezeichnet. Dem Nacherben stehe ein Bsrecht zu, wenn das LG das AG anweise, einen Erbschein ohne Nacherbenvermerk auszustellen. Zwar habe das LG hier keine derartige Anweisung erteilt. Wenn aber

das AG trotzdem einen Erbschein ohne Nacherbenvermerk ausstelle und der Enkel hiergegen Bs einlege, so sei das LG an seine in dem früheren Beschluß geäußerte Ansicht, daß die Nacherbfolge mit dem Pflichtteilsverlangen des Sohnes hinfällig geworden sei, gebunden, und auch das OLG sei im Falle einer daraufhin etwa eingelegten weiteren Bs an die Ansicht des LG gebunden. Deshalb könne der Nacherbe schon gegen den jetzigen Beschluß des LG weitere Bs einlegen.

Sodann stellte das OLG fest, das LG hätte sich nicht damit begnügen dürfen, die Sache an das AG zurückzuverweisen und dem AG aufzugeben, von seinem Verlangen nach Beibringung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung Abstand zu nehmen. Vielmehr hätte es selbst über den Erbscheinsantrag der Witwe befinden müssen.

Schließlich führte das OLG aus, das LG habe materiellrechtlich zutreffend angenommen, daß die Nacherbfolge unter einer auflösenden Bedingung gestanden habe. Sie habe entfallen sollen, wenn der Sohn den Pflichtteil verlange; denn der Erblasser habe der Witwe für diesen Fall das Recht eingeräumt, über seinen Nachlaß unter Lebenden und von Todes wegen frei zu verfügen. Sohn und Witwe hätten auch nicht in unzulässigem Zusammenwirken den Eintritt der auflösenden Bedingung herbeigeführt. Eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für das Pflichtteilsverlangen sei nicht erforderlich gewesen.

Wegen des Verfahrensfehlers hob das OLG die angefochtene E auf und verwies die Sache an das LG zurück, damit dieses die Prüfung der sonstigen Voraussetzungen für die Erteilung des Erbscheins nachholen könne.

Die E des OLG ist prozessual falsch. Die Annahme, daß das LG an seine in dem angefochtenen Beschluß geäußerte Ansicht, die Nacherbfolge sei hinfällig, gebunden gewesen wäre, wenn es auf eine Bs des Enkels gegen die spätere E des AG erneut mit der Sache befaßt worden wäre, und daß dann auch das OLG die Ansicht des LG hätte hinnehmen müssen, ist nicht unbedenklich[45]. Sie soll aber im folgenden als richtig unterstellt werden. Auch von diesem Ausgangspunkt aus durfte das OLG der weiteren Bs nicht stattgeben. Sie war allerdings zulässig, und zwar - was das OLG nicht deutlich herausgearbeitet hat - weil der Enkel die bloße Rechtsbehauptung aufgestellt hatte, ein Nacherbenrecht zu haben und darin durch die angefochtene E wegen der eintretenden Selbstbindung des LG an die Ansicht, daß er nicht Nacherbe sei, verletzt zu sein[46]. Die angefochtene E war auch (verfahrensrechtlich) objektiv rechtswidrig, weil das LG die Sache nicht an das AG hätte zurückverweisen dürfen. Die Behauptung des Enkels, durch die E des LG in einem Nacherbenrecht verletzt zu sein, erwies sich gleichwohl als unbegründet, weil der Enkel auch nach Ansicht des OLG nicht Nacherbe war; denn die Nacherbfolge sollte ja infolge des Pflichtteilsverlangens des Sohnes hinfällig geworden sein. Es fehlte also an der subjektiven Rechtswidrigkeit, so daß das OLG die weitere Bs als unbegründet hätte zurückweisen müssen. Das Rechtsmittel des Enkels wäre ja auch dann unbegründet gewesen, wenn das LG das AG bereits angewiesen hätte, einen Erbschein ohne Nacherbenvermerk zu erteilen. Nichts anderes kann aber gelten, wenn das LG das AG nur indirekt zwang, für den Fall, daß es der Witwe überhaupt einen Erbschein erteilte, ihn jedenfalls ohne Nacherbenvermerk auszustellen[47].

---

45 Gegen eine Rück- und Weiterbindung Bettermann, NJW 1955, 262 f.; vgl. auch Schlegelberger, § 25 Rdnr 14 a.

46 Die weitere Bs war aber auch dann zulässig, wenn man eine Selbstbindung des LG verneint. Denn der Enkel behauptete, ihm stehe das vom LG verneinte Nacherbenrecht zu und deshalb sei der Erbscheinsantrag der Witwe schon jetzt abweisungsreif.

47 Nach der Lehre Jansens und nach der Schlüssigkeitstheorie wäre die weitere Bs sogar unzulässig gewesen, weil der Rechtsbf kein Recht i.S. des § 20 I FGG hatte bzw. schlüssig behauptet hatte, in dem er bei unterstellter objektiver Rechtswidrigkeit der angefochtenen E verletzt gewesen wäre.

Im übrigen hatte sich der Sohn nicht auf den Verfahrensfehler berufen. Aber selbst wenn er es getan hätte, wäre die weitere Bs unbegründet gewesen.

7. Das Gegenstück zu den unter 6 erörterten Beispielen, in denen das LG den Beschwerdegegenstand nicht erschöpfend behandelt hat, ist der Fall, daß es ihn überschritten hat. Auch dieser Verfahrensfehler kann im dritten Rechtszuge prozessuale Schwierigkeiten bereiten. Das läßt sich ebenfalls an einer E des OLG Hamm[48] zeigen:

> In einem 1962 mit seiner zweiten Ehefrau geschlossenen Erbvertrag hatte der Erblasser seinen erstehelichen Sohn zum Alleinerben eingesetzt und die Ehefrau mit Vermächtnissen bedacht. Durch ein gemeinschaftliches handschriftliches Testament aus dem Jahre 1965 hoben die Eheleute den Erbvertrag auf. Sie setzten sich gegenseitig zu Erben ein und bestimmten u.a., daß der Sohn erst nach dem Tode des Letztlebenden das vorhandene Vermögen erhalten solle.
>
> Die Witwe beantragte nach dem Tode des Erblassers einen Erbschein des Inhalts, daß sie aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments Vorerbin und der Sohn Nacherbe sei. Das AG wies den Antrag zurück mit der Begründung, der Erbvertrag sei durch das gemeinschaftliche Testament nicht wirksam aufgehoben worden.
>
> Hiergegen legte die Witwe Bs ein mit dem Antrag, das AG anzuweisen, einen Erbschein dahin zu erteilen, daß sie alleinige Erbin sei, hilfsweise: daß sie Vorerbin und der Sohn Nacherbe sei. Das LG hob den Beschluß des AG auf und wies dieses an, einen das Vollerbrecht der Witwe ausweisenden Erbschein zu erteilen.

---

48 OLGZ 1968, 332.

Gegen diese E legte der Sohn weitere Bs ein. Das OLG hob die Beschlüsse des LG und des AG auf und verwies die Sache an das AG zurück. Es führte aus, die Witwe habe ihren in erster Instanz allein gestellten Antrag im Beschwerdeverfahren nicht zum Hilfsantrag machen und nicht ein neues Begehren als Hauptantrag einführen dürfen. Da das LG über den neuen Antrag entschieden habe, habe es den zulässigen Beschwerdegegenstand überschritten. Wegen dieses Verfahrensfehlers müsse die landgerichtliche E aufgehoben werden.

Das OLG führte weiter aus, das LG habe rechtsbedenkenfrei angenommen, daß der Erbvertrag durch das gemeinschaftliche Testament wirksam aufgehoben worden sei. Das AG werde nunmehr prüfen müssen, ob die Witwe in dem gemeinschaftlichen Testament als alleinige Vollerbin eingesetzt oder ob Vor- und Nacherbfolge angeordnet worden sei.

a) Vorweg ist diese E unabhängig von der Frage, was hier Gegenstand der weiteren Bs war, in einem Punkt zu beanstanden. Das OLG hat nämlich nicht nur den Beschluß des LG, sondern auch den des AG aufgehoben und die Sache an das AG zurückverwiesen. Nun wird zwar die Ansicht vertreten, das Rechtsbeschwerdegericht dürfe nach seinem Ermessen an das LG oder an das AG zurückverweisen[49]. Das ist aber in dieser Allgemeinheit nicht richtig.

Wie Bettermann am Beispiel des Zivil- und des Verwaltungsprozesses gezeigt hat, ist die Zurückverweisung durch die dritte Instanz an die erste eine reformatorische Entscheidung: nachdem das Revisionsgericht das zweitinstanzliche Urteil aufgehoben hat, entscheidet es über die Berufung,

49 Keidel, § 27 Rdnr 66 c mit Rechtsprechungsnachweisen; Schlegelberger, § 29 Rdnr 11. - In BGHZ 40, 54 hat der BGH - was aus der abgedruckten E nicht ersichtlich ist - an das AG zurückverwiesen, ohne die Zulässigkeit einer derartigen Verfahrensweise zu begründen.

indem es an Stelle des Berufungsgerichts auch das erste Urteil aufhebt und die Sache (gewissermaßen von der zweiten) an die erste Instanz zurückverweist. Judiziert das Revisionsgericht aber an Stelle des Berufungsgerichts, so darf es nur so entscheiden, wie dieses hätte entscheiden dürfen und müssen[50]. Nach der - richtigen - neueren Rechtsprechung, auch derjenigen des OLG Hamm[51], darf aber das LG in der Regel gerade nicht an das AG zurückverweisen, sondern es muß selbst eine endgültige E über die erste Bs treffen[52], d.h. in Fällen wie dem vorliegenden über den Erbscheinsantrag. Folglich darf auch das an die Stelle des LG tretende OLG nicht auf die erste Bs die E des AG aufheben und die Sache an dieses zurückverweisen, jedenfalls in der Regel nicht bei inzidenten Verfahrensfehlern des AG[53]. Denn das OLG hat bei der ersetzenden Entscheidung nicht mehr Rechte als das LG.

Hier lag auch nicht der Ausnahmefall vor, in dem die Rechtsprechung dem LG eine Zurückverweisung an das AG gestattet: das Verfahren des AG litt nicht an so schweren Mängeln, daß eine abschließende E durch das LG für die Beteiligten den Verlust einer Instanz bedeutet hätte. Vielmehr hatte das AG den allein gestellten Antrag auf Erteilung eines Erbscheins mit Nacherbenvermerk zurückgewiesen und dabei einen primären materiellrechtlichen Fehler und einen nur sekundären inzidenten Verfahrensverstoß begangen: es hatte - prozessual einwandfrei - den Erbvertrag für maßgebend erachtet und deshalb keine Ermittlungen zur Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments angestellt. Wenn das LG korrekterweise nur den zulässigen Beschwerdehilfsantrag berücksichtigt und dabei den Versagungsgrund 1 (Maßgeblichkeit des Erbvertrages) ver-

---

50 Bettermann, NJW 1969, 171.
51 Vgl. Note 27 (oben S. 144).
52 Vgl. oben 5 (S. 144).
53 Bei prinzipalen Verfahrensfehlern des AG wird man eine Zurückverweisung an die erste Instanz für zulässig erachten müssen, vgl. auch oben 5 (S. 145). Ein Beispiel aus der Praxis: AG und LG verneinen die örtliche und die interlokale Zuständigkeit, das KG bejaht sie und verweist an das AG zurück: OLGZ 1966, 499.

neint hätte, so hätte es nunmehr selber prüfen müssen, ob der Versagungsgrund 2 vorlag, ob nämlich die Witwe nicht Vorerbin, sondern unbeschränkte Erbin war. Traf das zu, so war die ablehnende E des AG im Ergebnis rechtmäßig, und das LG hätte den Beschwerdehilfsantrag als unbegründet zurückweisen müssen. Da aber vom Standpunkt des OLG aus noch nicht feststand, welche Erbenstellung die Witwe nach dem gemeinschaftlichen Testament hatte, war auch noch ungewiß, ob der Versagungsgrund 2 vorlag, ob also die E des AG rechtswidrig oder im Ergebnis rechtmäßig war. Unverständlich ist daher die Bemerkung des OLG Hamm[54], "nach alledem" (d.h. nach Billigung der Ansicht des LG, daß der Versagungsgrund 1 nicht vorliege) erweise sich die vom LG ausgesprochene Aufhebung des amtsgerichtlichen Beschlusses als sachlich zutreffend.

b) Es kam daher allenfalls eine Zurückverweisung an das LG in Betracht. Ob das OLG der weiteren Bs aber überhaupt stattgeben durfte, erscheint aus folgendem Grunde zunächst zweifelhaft:

Der Sohn hatte mit der weiteren Bs - soweit ersichtlich - die Rechtsbehauptung aufgestellt, er sei der Erbe, weil die Aufhebung des Erbvertrages unwirksam sei. Diese Behauptung erwies sich aber als unbegründet. Denn auch das OLG war ja der Ansicht, der Erbvertrag sei durch das gemeinschaftliche Testament wirksam aufgehoben worden.

Möglicherweise war der Sohn allerdings durch die E des LG - Anweisung an das AG, der Witwe einen Vollerbschein zu erteilen - in einem Nacherbenrecht verletzt. Diese Verletzung hatte er aber, soweit erkennbar, nicht behauptet. Es sieht also so aus, als hätte das OLG die - zulässige - weitere Bs als unbegründet zurückweisen müssen.

Indessen hat das OLG der weiteren Bs im Ergebnis mit Recht stattgegeben. Um das zu verstehen, wandele man den Fall

---

54 Diese Stelle ist in OLGZ 1968, 332 nicht mit abgedruckt.

schrittweise etwas ab:

aa) Die Witwe beantragt einen Vollerbschein. Das AG lehnt den Antrag ab mit der Begründung, der Erbvertrag sei nicht wirksam aufgehoben worden. Auf Bs der Witwe weist das LG das AG an, den Erbschein zu erteilen. Hiergegen legt der Sohn weitere Bs ein. Er hält den Erbvertrag für maßgebend.

Die E des LG lautet hier nicht anders als in dem ursprünglichen Fall. Gleichwohl müßte das OLG hier von seinem Rechtsstandpunkt aus die (zulässige) weitere Bs zurückweisen: das behauptete Erbrecht steht dem Sohn nicht zu, und sein möglicherweise bestehendes Nacherbenrecht hat er nicht behauptet.

bb) Die Witwe beantragt einen Erbschein mit Nacherbenvermerk. Das AG lehnt ab mit der Begründung, der Erbvertrag sei nicht wirksam aufgehoben worden. Die Witwe legt Bs ein nur mit dem Antrag, das AG anzuweisen, ihr einen Vollerbschein zu erteilen. Das LG gibt der Bs statt. Der Sohn legt weitere Bs ein. Er hält den Erbvertrag für maßgebend.

Wieder lautet die E des LG nicht anders als im Ausgangsfall. Hier müßte das OLG der weiteren Bs jedoch stattgeben, und zwar ohne zu prüfen, ob die Erbrechtsbehauptung des Sohnes begründet ist. Denn diese Prüfung könnte nur folgende Ergebnisse haben:

(1) Der Sohn ist Erbe. Dann würde das OLG sinngemäß feststellen, daß die den Erbscheinsantrag der Witwe ablehnende E des AG rechtmäßig ist. (2) Der Sohn ist nicht Erbe. Dann würde das OLG sinngemäß aussprechen, daß die erstinstanzliche E jedenfalls nicht aus dem vom AG angenommenen Grunde gerechtfertigt ist. Das OLG würde also im ersten Fall in vollem, im zweiten Fall in begrenztem Umfang über die Rechtmäßigkeit der Verfügung des AG befinden. Das darf es

aber nicht, weil die erste Bs hier im Gegensatz zur vorigen Variante unzulässig ist. Denn die Witwe darf nur ihren vom AG zurückgewiesenen Antrag weiterverfolgen, nicht aber in der Beschwerdeinstanz einen neuen Antrag stellen. Es liegt hier ähnlich wie in dem oben 3 behandelten Fall, in dem die erste Bs des Nacherben gegen die Einziehung des dem Vorerben erteilten Erbscheins unzulässig war[55]: das OLG ist aus verfahrensrechtlichen Gründen an einer erschöpfenden Behandlung des Gegenstandes der weiteren Bs gehindert. Es muß daher ohne sachliche Prüfung die E des LG aufheben und die erste Bs als unzulässig verwerfen.

Nicht anders wäre es, wenn der Sohn ausschließlich oder hilfsweise behauptet hätte, er sei aufgrund des Testaments Nacherbe. Auch hier dürfte das OLG nicht prüfen, ob diese Behauptung zutrifft: Käme es zu dem Ergebnis, daß der Sohn nicht Nacherbe ist, so würde es aussprechen, daß das AG einen Erbschein mit Nacherbenvermerk im Ergebnis mit Recht versagt hat. Wäre der Sohn nach Ansicht des OLG Nacherbe, so würde es sinngemäß feststellen, daß jedenfalls insoweit kein Ablehnungsgrund besteht. Wieder würde das OLG - ganz oder teilweise - über die Rechtmäßigkeit der amtsgerichtlichen Verfügung befinden, obwohl die erste Bs unzulässig ist.

cc) Nun zurück zum Ausgangsfall: Die Witwe hatte den unzulässigen Beschwerdeantrag nicht allein, sondern in erster Linie gestellt und ihn mit einem zulässigen Hilfsantrag verbunden. Hier lag es nicht wesentlich anders als in dem vereinfachten Beispiel unter bb). Das OLG hat daher die E des LG mit Recht aufgehoben. Es hätte aber den Hauptantrag der ersten Bs der Witwe als unzulässig verwerfen müssen. In diesem Zusammenhang durfte es nicht prüfen, ob dem Sohn das behauptete Erbrecht wirklich zustand, ob also der Erbvertrag wirksam aufgehoben worden war.

Da aber der Hauptantrag der ersten Bs scheiterte, kam jetzt

---

55 Vgl. oben S. 138 ff.

der Hilfsantrag zum Zuge. Nimmt man an, daß dieser trotz der weiteren Bs des Sohnes gegen die auf den Hauptantrag ergangene E beim LG verblieben war, so hätte das OLG die Sache ohne jede materielle Prüfung dem LG zurückgeben müssen, damit dieses nunmehr über den Hilfsantrag befinde. Ist man dagegen der Ansicht, daß infolge der weiteren Bs auch der Hilfsantrag in die dritte Instanz gediehen war[56], so hätte das OLG - soweit möglich - über ihn entscheiden müssen, und das hat es sinngemäß auch getan. Denn da sich der Hilfsantrag ebenfalls auf das gemeinschaftliche Testament stützte, durfte und mußte das OLG in diesem Zusammenhang nun doch prüfen, ob der Erbvertrag wirksam aufgehoben worden war. Da es diese Frage bejahte, kam es weiter darauf an, ob die Witwe aufgrund des Testaments Vorerbin oder Vollerbin war. Das konnte das OLG ohne tatsächliche Feststellungen nicht entscheiden. Folglich hätte es die Sache insoweit an das LG zurückverweisen müssen.

8. Ferner sei noch ein interessanter Fall[57] einer weiteren Bs gegen die vom LG auf die zulässigen Beschwerden mehrerer Bf angeordnete Einziehung eines Erbscheins behandelt:

> Der Erblasser, französischer Staatsangehöriger, hat seine Ehefrau, drei eheliche Kinder und eine (deutsche) uneheliche Tochter hinterlassen. Durch notarielle Erklärung hatte er seiner Ehefrau den lebenslänglichen Nießbrauch an seinem Nachlaß zugewendet.
>
> Die uneheliche Tochter beantragte einen gegenständlich beschränkten Teilerbschein des Inhalts, daß sie Erbin zu 1/8 sei. Sie behauptete, der Erblasser habe zu einer Zeit, als er noch polnischer Staatsangehöriger gewesen sei, seine Vaterschaft in Deutschland gemäß § 1718 BGB in öffentlicher Urkun-

---

56 Im Zivilprozeß wird angenommen, daß dem Berufungsgericht der Klagehilfsantrag ohne Anschlußberufung des Klägers anfällt, wenn der nach dem Hauptantrag verurteilte Beklagte mit Erfolg Berufung einlegt: RGZ 77, 120 (124 ff.); 105, 236 (242); BGH LM Nr. 1 zu § 525 ZPO.

57 KG, Beschluß vom 28.8.1967 - 1 W 962.67 - , n.v..

de anerkannt. Deshalb sei sie, die Tochter, nach französischem Recht als anerkanntes uneheliches Kind zur Hälfte des Anteils eines ehelichen Kindes - sie selbst als Kind mitgerechnet - also zu 1/8 als Erbin berufen. Das AG erteilte den Erbschein antragsgemäß.

Hiergegen legten die Witwe und die ehelichen Kinder Bs mit dem Ziel der Einziehung ein. Sie rügten alle, daß in dem Erbschein der Nießbrauch der Witwe nicht vermerkt sei. Außerdem stellten sie alle eine "gesetzmäßige Anerkennung" im Sinne des französischen Rechts in Frage.

Das LG ordnete auf sämtliche Beschwerden die Einziehung des Teilerbscheins an. Es ließ dahingestellt, ob der Erblasser ein förmliches Vaterschaftsanerkenntnis abgegeben habe. Denn jedenfalls hätte darin keine Anerkennung im Sinne des dem französischen Recht äquivalenten kongreßpolnischen Rechts gelegen, das auf die familienrechtliche Vorfrage außer dem deutschen Recht möglicherweise anwendbar sei.

Gegen diese E legte die uneheliche Tochter vor Rückgabe der Erbscheinsausfertigung weitere Bs ein mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluß aufzuheben und den Teilerbschein aufrechtzuerhalten.

Das KG war der Meinung, ohne Kenntnis des Wortlauts des angeblichen Vaterschaftsanerkenntnisses könne nicht entschieden werden, ob dieses nur als ein solches gemäß § 1718 BGB oder auch als eine Anerkennung im Sinne des kongreßpolnischen Rechts zu betrachten sei. Es müsse daher versucht werden, aus bestimmten im Ostsektor Berlins möglicherweise noch vorhandenen Akten eine Abschrift der Anerkenntnisurkunde zu erlangen. Der Teilerbschein sei auch (?)

deshalb unrichtig, weil der erforderliche Vermerk über das Nießbrauchsrecht der Witwe fehle. Da jedoch der Streit um das Erbrecht selbst Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens geworden sei, könne die Prüfung und Entscheidung über die Richtigkeit des Teilerbscheins nicht auf die Frage des Nießbrauchsrechts beschränkt werden. Das KG hob die angefochtene E daher auf und verwies die Sache an das KG zurück.

Die Bemerkung des KG über den Gegenstand der weiteren Bs ist nicht verständlich. Gegen eine - vom AG oder vom LG - angeordnete und noch nicht durch Rückgabe der Ausfertigung vollzogene Einziehung eines Erbscheins ist die - erste oder weitere - Bs nur mit dem Ziel zulässig, den Erbschein aufrechtzuerhalten. Die Rechtsbehauptung des Bf muß also wie im Antragsverfahren dem Inhalt des Erbscheins entsprechen. Demgemäß hatte hier die uneheliche Tochter mit der weiteren Bs sinngemäß die Behauptung aufgestellt, sie habe ein nicht mit einem Nießbrauch belastetes Erbrecht zu 1/8 und sei darin durch die vom LG angeordnete Einziehung des Teilerbscheins verletzt. Diese Behauptung erwies sich aber als unbegründet, weil die Tochter wenn überhaupt ein Erbrecht, so jedenfalls nur ein mit einem Nießbrauch belastetes hatte. Da der Nießbrauch des französischen Rechts in entsprechender Anwendung der §§ 2363, 2364 BGB vermerkt werden muß[58], war der ohne derartigen Hinweis erteilte Erbschein unrichtig und konnte nicht aufrechterhalten werden. Das LG hatte auf die erste Bs der Witwe im Ergebnis mit Recht seine Einziehung angeordnet. Die weitere Bs hätte daher als unbegründet zurückgewiesen werden müssen.

Das KG hat offenbar angenommen, die erste Bs der ehelichen Kinder sei noch nicht entscheidungsreif, weil nicht feststehe, ob den Kindern - wie diese behaupteten - auch das 1/8 des Nachlasses zustehe. Die Annahme, es sei noch ungewiß,

---

58 Das KG beruft sich insoweit auf JFG 13, 240 (244).

wer Erbe dieses 1/8-Anteils sei, war allerdings vom Standpunkt des KG aus in sich richtig. Trotzdem konnte auch über die erste Bs der Kinder entschieden werden. Da das LG nämlich auf die erste Bs der Witwe mit Recht die Einziehung des Teilerbscheins angeordnet hatte, weil dieser die Witwe in dem behaupteten Nießbrauchsrecht verletzte, war auch die Beschwer der Kinder entfallen. Ihnen mußte gleichgültig sein, aus welchem Grunde der Erbschein eingezogen wurde[59]. Hätten sie ihre Bs aufrechterhalten, so hätte diese als unzulässig verworfen werden müssen. Stand aber fest, wie über sämtliche erste Beschwerden zu entscheiden war, so durfte das KG auch aus diesem Grunde nicht zurückverweisen.

Übrigens haben LG und KG nicht deutlich herausgearbeitet, daß die ersten Beschwerden jeweils nur teilweise zulässig waren. Die Witwe durfte sich nur mit der Behauptung beschweren, ihr Nießbrauchsrecht sei verletzt. Dagegen war ihre Bs unzulässig, soweit sie geltend machte, nicht der unehelichen Tochter, sondern den ehelichen Kindern stehe (auch) der 1/8-Anteil zu; denn das war die Behauptung eines fremden Rechts. Umgekehrt durften sich die Kinder nur auf die angebliche Verletzung ihres Erbrechts, nicht auf die des Nießbrauchs der Witwe berufen.

9. Einige Bemerkungen verdient schließlich die Vorschrift des § 563 ZPO, die nach § 27 Satz 2 FGG entsprechend anwendbar ist. Sie behandelt die "reformatorische Zurückweisung" des Rechtsmittels: Beruht die Berufungs-(Beschwerde-)entscheidung auf einer Gesetzesverletzung, erweist sie sich aber aus anderen (auch tatsächlichen) Gründen als richtig, so ist die Revision (weitere Bs) zurückzuweisen. In Wirklichkeit ist das keine bestätigende, sondern eine ersetzende Entscheidung: Das Revisions-(Rechtsbeschwerde-)gericht hebt die rechtsfehlerhafte E zunächst nur "in Gedanken" auf und ist damit in der Lage, den Fall auch in tatsächlicher Hinsicht zu würdigen[60]. Kommt es dann zu dem gleichen Ergebnis wie

---

59 Vgl. auch KG OLGZ 1966, 74 (75) und oben VI 4 d (S. 95).
60 Vgl. BGHZ 35, 135 (142 f.).

die Vorinstanz, so erläßt es auf die Berufung (erste Bs) "in Gedanken" eine mit der angefochtenen übereinstimmende E. Nach außen tritt das nur als Zurückweisung der Revision (weiteren Bs) in Erscheinung.

a) Nach dem unter VI 2 Gesagten[61] sind objektive und subjektive Rechtswidrigkeit der amtsgerichtlichen Verfügung kumulative Voraussetzungen der Begründetheit der ersten Bs. Folglich kann das OLG, wenn das LG eine Bs wegen Fehlens des einen Merkmals zurückgewiesen hat und sich diese Entscheidung als rechtsfehlerhaft erweist, die erste Bs trotzdem wegen Fehlens des anderen Merkmals für unbegründet erklären und die weitere Bs gemäß § 27 Satz 2 FGG, § 563 ZPO zurückweisen. Das läßt sich an einer neuen Abwandlung des Erbhoffalles[62] veranschaulichen:

> Das AG erteilt den Töchtern einen nicht auf erbhoffreies Vermögen beschränkten Erbschein des Inhalts, daß sie, der Sohn und die Witwe Erben zu je 1/4 seien. Es hält das Reichserbhofgesetz nicht für anwendbar, weil der Erbfall 1947 noch nicht geregelt gewesen sei.
>
> Hiergegen legt der Sohn Bs ein und behauptet, in seinem Anerbenrecht verletzt zu sein.
> Variante 1): Das LG weist die Bs zurück mit der Begründung, der Erbschein sei aus dem vom AG angegebenen Grunde richtig. Der Sohn legt weitere Bs ein. Das KG kommt zu dem Ergebnis, das Reichserbhofgesetz sei noch anwendbar.

Hier beruht die landgerichtliche E auf einer Gesetzesverletzung. Wenn sich aber z.B. bei den Akten ein Grundbuchauszug befindet, nach dem die Ehefrau des Erblassers Miteigentümerin des Hofes war, so muß das KG die weitere Bs gemäß § 563 ZPO zurückweisen mit der Begründung, der Sohn

---

61 Vgl. oben S. 77 ff.
62 Vgl. oben S. 49 ff.

sei durch den - objektiv allerdings unrichtigen - Erbschein nicht in dem behaupteten Anerbenrecht verletzt, weil die Witwe Anerbe geworden sei. Ist die Miteigentumsfrage in tatsächlicher Beziehung noch ungeklärt, so muß das KG die Sache an das LG zurückverweisen.

Ganz anders hätte das KG nach der Lehre Jansens[63] zu verfahren: Es müßte stets als erstes in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht prüfen, ob der Erblasser Alleineigentümer des Hofes war; denn davon würde die Bsbefugnis des Sohnes für die erste Bs abhängen. War die Ehefrau Miteigentümerin, so müßte das KG die weitere Bs mit der Maßgabe zurückweisen, daß die erste Bs unzulässig ist. War der Erblasser Alleineigentümer, so dürfte das KG jetzt erst auf die Frage eingehen, ob das LG die Anwendbarkeit des Reichserbhofgesetzes zu Unrecht verneint hat, ob der Erbschein also wegen Fehlens eines Beschränkungsvermerks unrichtig ist.

> Variante 2): Das LG weist die Bs zurück mit der Begründung, die Ehefrau sei Miteigentümerin gewesen, so daß jedenfalls nicht der Sohn durch den etwa unrichtigen Erbschein in einem Anerbenrecht verletzt sei. Die Frage, ob das Reichserbhofgesetz noch anwendbar sei, könne daher dahingestellt bleiben.
>
> Der Sohn legt weitere Bs ein. Das KG kommt zu dem Ergebnis, das LG habe den Sachverhalt in der Miteigentumsfrage nicht genügend geklärt.

Wieder beruht die angefochtene E auf einer Gesetzesverletzung, Das KG wäre aber nicht gehindert, die weitere Bs gemäß § 563 ZPO zurückzuweisen mit der Begründung, die (zulässige) erste Bs müsse letztlich ohne Erfolg bleiben, weil das AG die Anwendbarkeit des Reichserbhofgesetzes mit Recht verneint habe und der Erbschein daher richtig sei.

Nicht anders ist zu entscheiden, wenn das LG die Bs mit derselben Begründung wie zuvor "wegen Fehlens der Bsbefugnis"

---

63 Vgl. oben IV (S. 43 ff.).

verworfen oder zurückgewiesen hat. Dann liegt nur eine falsa demonstratio vor[64]. In Wirklichkeit hat das LG nämlich nicht die abstrakte Eignung des Erbscheins, in das behauptete Anerbenrecht einzugreifen, und damit die Bsbefugnis verneint, sondern nur das Bestehen des Anerbenrechts und damit die subjektive Rechtswidrigkeit.

b) Oben VI 3 wurde ausgeführt[65], daß das OLG eine E des LG nur aufheben darf, 1. wenn sie auf einer Gesetzesverletzung beruht und 2. wenn der mit dem Erstbeschwerdeführer nicht identische Zweitbeschwerdeführer durch sie wirklich in dem behaupteten Recht verletzt ist. Gilt das Gesagte aber auch für die zunächst nur "gedankliche" Aufhebung im Rahmen des § 563 ZPO? Anders ausgedrückt: Darf das OLG die Frage, ob sich die auf einer Gesetzesverletzung beruhende E des LG etwa aus anderen Gründen als richtig erweist, erst prüfen, wenn feststeht, daß der Rechtsbf durch die E wirklich in dem behaupteten Recht verletzt wäre, falls sie nicht im Ergebnis richtig sein sollte? Oder darf das OLG die subjektive Rechtswidrigkeit so lange unerörtert lassen, bis sich herausgestellt hat, daß die E nicht aus anderen Gründen objektiv richtig ist?

Die Frage ist im zweiten Sinne zu beantworten. Die Verfahrenswirtschaftlichkeit gebietet es, daß das OLG auf dem einfachsten Wege zu einer zurückweisenden E kommt. Hier ein Beispiel:

> Der Erblasser hat in einem Testament aus dem Jahre 1961 den A zum Erben bestimmt. In einem Testament mit der Jahreszahl 1962 ist B als Erbe eingesetzt. Durch eine letztwillige Verfügung aus dem Jahre 1963 hat der Erblasser den T zum Testamentsvollstrecker ernannt. Diese Anordnung hat er durch ein nur in Pausdurchschrift vorhandenes Testament aus dem Jahre 1968 widerrufen.

---

64 Es handelt sich nicht etwa um einen Fall der oben 1 (S. 133 ff.) erwähnten Art.

65 Vgl. oben S. 80 ff.

T beantragt ein Vollstreckerzeugnis und behauptet, der Erblasser sei 1968 testierunfähig gewesen. Das AG weist den Antrag zurück mit der Begründung, nach einem psychiatrischen Gutachten sei der Erblasser 1968 zwar mit sehr großer, aber nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit geisteskrank gewesen. Die Testamentsvollstreckerernennung sei daher wirksam widerrufen.

Auf Bs des T weist das LG das AG an, das Zeugnis zu erteilen. Das Widerrufstestament sei nämlich schon deshalb nichtig, weil es nur in Pausdurchschrift vorhanden sei.

Hiergegen legt A weitere Bs ein. Er macht geltend, die Testamentsvollstreckerernennung sei wirksam widerrufen. Erbe sei er, A. Denn das Testament zugunsten des B mit der Jahreszahl 1962 sei in Wirklichkeit 1952 errichtet worden; B habe es gefälscht. Durch das zu erteilende Testamentsvollstreckerzeugnis werde daher er, A, in seinem Erbrecht verletzt.

Das OLG ist der Ansicht, daß das Testament aus dem Jahre 1968 formgültig ist.

Die angefochtene E beruht auf einer Gesetzesverletzung. Sie würde sich gleichwohl als richtig erweisen, wenn das OLG abweichend vom AG aufgrund des psychiatrischen Gutachtens zu dem Ergebnis käme, der Erblasser sei 1968 testierunfähig gewesen. Darf aber das OLG die angefochtene E "in Gedanken aufheben" und in die erwähnte tatsächliche Würdigung eintreten, ohne zuvor geprüft zu haben, ob das Testament mit der Jahreszahl 1962 gefälscht und A daher Erbe ist? Das OLG ist dazu in der Tat befugt. War der Erblasser nach Auffassung des OLG 1968 testierunfähig, so hat es die (zulässige) weitere Bs des A gemäß § 563 ZPO zurückzuweisen: da die angefochtene E im Ergebnis objektiv rechtmäßig ist, kommt es nicht darauf an, ob A durch sie wirklich in einem Erbrecht beein-

trächtigt ist. War der Erblasser dagegen 1968 testierfähig, ist also die Testamentsvollstreckerernennung wirksam widerrufen, so muß das OLG jetzt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht prüfen, ob A Erbe ist.

Das Ergebnis ist also: Das wirkliche Vorhandensein des behaupteten "Rechts" des Zweitbeschwerdeführers ist Voraussetzung nur für die effektive, im Tenor ausgesprochene Aufhebung der Beschwerdeentscheidung, nicht dagegen für die nach außen nicht in Erscheinung tretende "gedankliche" Aufhebung im Rahmen des § 563 ZPO.

Lebenslauf

Geboren am 16.5.1932 in Berlin als Sohn eines Kaufmanns, besuchte ich nach den Volksschuljahren (1938-1942) die Humboldt-Schule in Berlin-Tegel. Dort legte ich am 9.6. 1951 die Reifeprüfung ab.

Meine juristischen Studien absolvierte ich vom Wintersemester 1951/52 an ununterbrochen an der Freien Universität Berlin, ohne einem bestimmten Fach den Vorzug zu geben. Am 22.6.1955 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung, der sich am 15.8.1955 der Eintritt in den Berliner Referendardienst anschloß. Ich beendete den üblichen Ausbildungsgang am 11.6.1959 erfolgreich mit der großen Staatsprüfung.

Im September 1959 wurde ich zum Gerichtsassessor ernannt. Ich wurde einige Monate als Beisitzer in Wiedergutmachungskammern bei dem Landgericht Berlin beschäftigt, schied dann aber aus der Justiz aus und trat am 1.4.1960 als Attaché in den Dienst des Auswärtigen Amtes. Nach theoretischer Ausbildung in Bonn und kurzer praktischer Tätigkeit an der Botschaft in Bern bestand ich am 9.5.1961 die Abschlußprüfung für den höheren Auswärtigen Dienst. Ich wurde zum Legationssekretär ernannt und versah einige Zeit das Amt eines Vizekonsuls in Lille. Zum 1.8.1961 trat ich in den Berliner Justizdienst zurück.

Nach halbjähriger Zivilkammertätigkeit wurde ich zum 1.3.1962 an das Amtsgericht Schöneberg versetzt, wo ich die Bearbeitung von Nachlaßsachen übernahm, zu einem erheblichen Teil solche mit einem Einschlag in das internationale und interlokale Privatrecht und ausländische Recht. Dieses Dezernat verwalte ich seitdem ununterbrochen. Am 4.7.1963 wurde ich zum Amtsgerichtsrat ernannt. Eine Einberufung an das Kammergericht habe ich abgelehnt.

Ich bin verheiratet und habe zwei Kinder. Ein weiteres Kind ist 1967 gestorben.

Berlin, im März 1970

Druck: Dissertationsdruckstelle, 1 Berlin 33